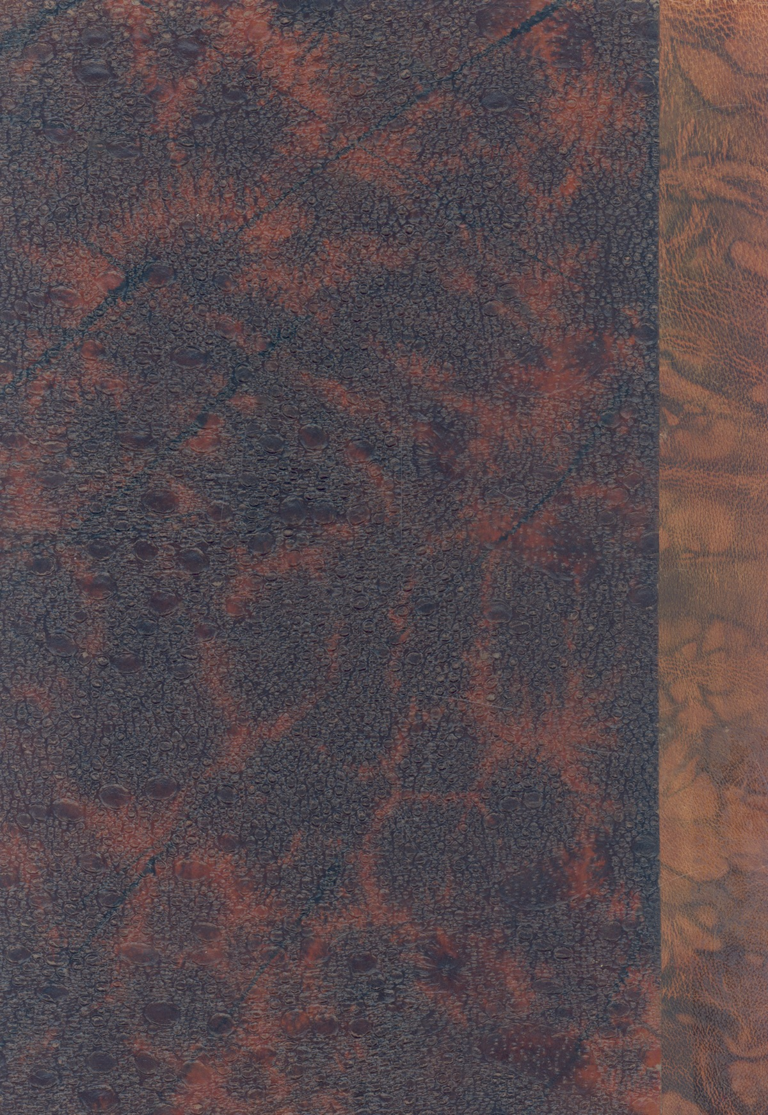


الملكية والحقوق العينية

تأليف

الدكتور محمد كامل مرسى بك

عميد كلية الحقوق بالجامعة المصرية

الطبعة الثالثة

١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م

الجزء الرابع

الشفعة في العقار

نصوص القانون

(ا) فى الشفعة فى العقار

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٩٣ — لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٦٨ أهلى) .

مادة ٩٤ — للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع المبين فى البند السابق (٦٩ أهلى) .

مادة ٩٥ — وله الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين اذا طلبوا ذلك .

مادة ٩٦ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة (٧٠ أهلى) .

مادة ٩٧ — لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصة فى عقار مشاع ، انما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذه الحصة المباعة بقصد وقفها (٧١ أهلى) .

مادة ٩٨ — يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى (٧٢ أهلى) .

مادة ٩٩ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٧٣ أهلى) .

مادة ١٠٠ — يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة (٧٤ أهلى) .

مادة ١٠١ — وفى كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته

الأخذ بالشفعة فى العقار المباع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمى الحاصل له بابداء رغبته ، و يزاد عليها مسافة الطريق والا سقط حقه (٧٥ أهلى) .

(٢) مجموعة المرافعات المختلطة

مادة ٧١٩ — فى جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت فى حال انعقاد جلسة البيع بالمزاد بشرط ايداع مقدار المصاريف والثمن بتمامه من أصل وملحقات فى الحال .

(٣) المجموعة المدنية الأهلية

المادة ٦٨ — لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية (٩٣ مختلط) .

المادة ٦٩ — للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ما عدا الشفيع المبين فى المادة السابقة (٩٤ مختلط) .

المادة ٧٠ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة (٩٦ مختلط) .

المادة ٧١ — لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له (٩٧ مختلط) .

المادة ٧٢ — يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى (٩٨ مختلط) .

المادة ٧٣ — للجار بعد الشفيعين السابقين حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية (٩٩ مختلط) .

المادة ٧٤ — يبطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة ، انما يجب على من طلب اجراء ذلك البيع أن يعلن قبل البيع بخمسة عشر يوما الى من يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ورقة باشعاره بيوم المزايدة ولا يكون المعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره (١٠٠ مختلط) .

المادة ٧٥ — يجب على من له حق الشفعة ويرغب الأخذ بها أن يبين رغبته فى ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشترى بابداء رغبته والا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق (١٠١ مختلط).

---

(٤) قانون الشفعة

دكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

نحن خديو مصر

بعد الاطلاع على الأمر العالى الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

وبعد الاطلاع على القانون المدنى المتبع لدى المحاكم المذكورة .

وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠

نحن خديو مصر

بعد الاطلاع على لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

وبعد الاطلاع على القانون المدنى وقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية المتبعين لدى المحاكم المذكورة .

وبعد الاتفاق بين حكومتنا والدول المصادقة على انشاء المحاكم المذكورة .

وبناء على ما عرضه علينا ناظر الحقانية وموافقة رأى مجلس النظار .

أمرنا بما هو آت :

الباب الأول

المادة ١ — يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

المادة ٢ — يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

المادة ٣ — لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء ، وكذلك لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المالك لأحد أقارب به لغاية الدرجة الثالثة .

المادة ٤ — لا شفعة للوقف .

المادة ٥ — لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن يملك بغير المبايعة .

المادة ٦ — لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

المادة ٧ — اذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة :

أولا — لمالك الرقبة .

ثانيا — للشريك الذى له حصة مشاعة .

ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .

رابعا — للجار المالك .

فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه . واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره .

المادة ٨ — يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما

يتعلق بالأولوية ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى .

المادة ٩ — العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها .

المادة ١٠ — اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما بناء على رغبة المشترى اما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

أما اذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاؤهما وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس .

أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه .

المادة ١١ — اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة .

الباب الثانى

فيما يترتب على حق الشفعة

المادة ١٢ — كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع ، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من

حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار .

المادة ١٣ — يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع .

واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع .

الباب الثالث

فى الاجراءات التى يلزم مراعاتها فيما يتعلق بالشفعة

وفى سقوط حق الأخذ بها

المادة ١٤ — يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا .

ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار .

واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة ، وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها ، ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير .

ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها .

المادة ١٥ — ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه

فى المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها .

المادة ١٦ — ويحكم فيها دائما على وجه السرعة .

المادة ١٧ — لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة . وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها .

المادة ١٨ — الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

المادة ١٩ — يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية :

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا .

ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا .

ثانيا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة .

المادة ٢٠ — يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة .

المادة ٢١ — يجب أن يعلن التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا . وهذه البيانات هى :

أولا — بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانيا — بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى .

المادة ٢٢ — يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع

غير أهل للتصرف أو غائبا .

المادة ٢٣ (أهلى) — ألغيت المواد ٦٨و٦٩و٧٠و٧١و٧٢و٧٣و٧٤و٧٥ من القانون المدنى .

المادة ٢٣ (مختلط) : ألغيت المواد ٩٣و٩٤و٩٥و٩٦و٩٧و٩٨و٩٩و١٠٠و١٠١ من القانون المدنى والمادة ٧١٩ من قانون المرافعات المتبعين لدى المحاكم المختلطة .

المادة ٢٤ (أهلى) — يعمل بهذه الأحكام بعد مضى خمسة عشر يوما من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية .

المادة ٢٤ (مختلط) : يعمل بهذه الأحكام بعد مضى شهر واحد من تاريخ نشرها بالطرق المنصوص عليها فى المادة ٣٥ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

المادة ٢٥ — على ناظر الحقانية تنفيذ أمرنا هذا .

(ب) حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

(١) المجموعة المدنية المختلطة

مادة ٥٦١ — يجوز للشركاء الأصليين فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

مادة ٥٦٢ — ولكل واحد من الشركاء الحق فى الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله أيضا الحق فى الشفعة بالنسبة للكل فى حالة عدم الرغبة للباقين .

مادة ٥٦٣ — تجوز الدعوى بالشفعة حتى على الشريك فى الملك الذى له مشاركة المدعى بقدر حصته فى الملك المشترك .

(٢) المجموعة المدنية الأهلية

مادة ٤٦٢ — يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

أهم المؤلفات المتعلقة بالشفعة

المبسوط ، للامام شمس الأئمة السرخسى الحنفى ، جزء ١٤ كتاب الشفعة ، ص ٩٠ وما بعدها ، مطبعة السعادة ، القاهرة .

حاشية ابن عابدين ، المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الجزء الخامس ص ١٤٢ وما بعدها ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ .

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، تأليف الامام فخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ، الجزء الخامس ص ٢٣٩ وما بعدها ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٥ هـ .

حاشية الامام شهاب الدين أحمد الشلبي بهامش تبيين الحقائق .

الفتاوى العالمكيرية ، المعروفة بالفتاوى الهندية ، الجزء الخامس ص ١٦٠ وما بعدها ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣١٠ هـ .

الفتاوى الخانية (فتاوى قاضيخان) للامام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى الحنفى المتوفى سنة ٢٩٥ ، بهامش الجزء الثالث من الفتاوى الهندية ص ٥٣٥ — ٥٥٨ ، الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٠ هـ .

الفتاوى البزازية ، وهى المسماة بالجامع الوجيز ، للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردرى الحنفى المتوفى سنة ٨٢٧ — بهامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١٥٤ — ١٦٧ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ، سنة ١٣١٠ هـ .

البدائع (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع) ، تأليف الامام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، الجزء الخامس ص ٤ وما بعدها ، المطبعة الجمالية ١٩١٠ م .

أعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى فى سنة ٧٥١ هـ ، الجزء الثانى ص ٢٤٧ وما بعدها ، مطبعة النيل ، القاهرة .

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ — الجزء السادس ص ٨٠ وما بعدها الى ٨٧ ، المطبعة المنيرية ، القاهرة سنة ١٣٤٤ هـ .

مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ، الجزء الثانى ص ٤٥٣ وما بعدها .

كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل ، تأليف أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ ، جزء ٥ ، مطبعة السعادة مصر ١٣٢٩ هـ .

وبهامشه التاج والأكاليل لمختصر خليل تأليف أبي عبد الله سيدى محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .

كتاب المغنى تأليف الشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ ، على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ — ومعه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ — كلاهما على مذهب الامام ابن حنبل ، مع بيان خلاف سائر الأئمة ، مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ هـ ، الجزء الخامس ص ٤٥٩ — ٥٥٤ .

كتاب الميزان لعبد الوهاب الشعرانى . وبهامشه كتاب رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة تأليف الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقى الشافعى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأزهرية المصرية سنة ١٣٢٨ هـ .

مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، لمؤلفه محمد قدرى باشا ، المادة ٩٥ وما بعدها ، الطبعة الثالثة المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٩٠٩ م .

المجلة (مجلة الأحكام العدلية) ، المادة ١٠٠٨ الى المادة ١٠٤٤ ، الطبعة الثانية ، المطبعة العثمانية ، قسطنطينية ١٣٠٥ .

شرح المجلة لسليم رستم باز اللبنانى ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الأدبية ، بيروت سنة ١٩٢٣ م .

شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد سعيد المحاسنى ، ثلاثة أجزاء ، مطبعة الترقى بدمشق ١٣٤٦ هـ — ١٩٢٧ م .

مرآة المجلة طبع يوسف أصاف ، جزءان ، المطبعة العمومية ، القاهرة ١٨٩٤ م .

كتاب المعاملات ، تأليف الشيخ أحمد أبي الفتح بك ، ص ٦٣ وما بعدها ، مطبعة البسفور القاهرة .

شرح القانون المدنى ، تأليف أحمد فتحى زغلول باشا ، ص ٩٢ — ٩٨ .

الشفعة فى القوانين المصرية ، تأليف على زكى العرابى بك ، مطبعة الشعب ، القاهرة ١٩٠٦ .

محمود فهمى — Fahmy (Mahmoud). — De la préemption immobilière en droit égyptien, Paris 1928.

نصر الله — Nasralla (Y.). — De la préemption dans le droit égyptien et dans ses rapports avec les retraits en droit français, thèse Paris, 1897.

هالتون — Halton. — An elementary treatise on the Egyptian Civil Codes, vol. I, p. 160-179, Cairo, 1904.

De Hults. — Répertoire alphabétique de droit civil égyptien, t. III, p. 211-294, Chambéry, 1911. دى هلتس

فورجير (Le Baron Adrien Forgeur) : الشفعة فى القانون المصرى ، مجلة مصر العصرية (L'Egypte Contemporaine) ١١ (سنة ١٩٢٠) ص ١١٧ — ١٣٤ ، ٣٠١— ٣٣٦ ، ٣٦١ — ٣٨٣ .

Moh. Kamel Moursy. — De l'étendue du droit de propriété foncière en Egypte, étude historique, juridique et comparée, 1914. محمد كامل مرسى بك

محمد كامل مرسى بك — الأموال ، مطبعة الرغائب ، القاهرة سنة ١٩٣٦ .

عبد السلام ذهنى بك — فى الأموال ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٦ .

أحمد نجيب الهلالى بك — شرح القانون المدنى : فى البيع والحوالة والمقايضة ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ١٩٢٤ .

الشفعة فى العقار

١ — **النصوص الخاصة بالشفعة** — الشفعة واردة فى القانونين الأهلى والمختلط ، اللذين استمدا أحكامها من الشريعة الاسلامية . وقد نص عليها أولا فى المواد ٩٣ — ١٠١ من المجموعة المدنية المختلطة ، وفى المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية الأهلية . غير أن العمل أظهر أن أحكام المواد المذكورة ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، ودعا الرجوع الى أحكام الشريعة ، لسد النقص ، الى تشعب الأحكام وتناقضها بعضها مع بعض ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة أورد فيه بعض الأحكام التى أقرتها المحاكم ، وأضاف اليها قواعد أخرى ، وصدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلى . وهذا القانون هو المعمول به الآن .

والشفعة ليست خاصة بالشريعة الاسلامية ، بل يوجد ما يشبهها فى القوانين الأخرى ، كما سنبينه فيما بعد .

٢ — **الشفعة لغة** — الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء ، وغلط من حركها ، مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر ، لما فيه من ضم عدد الى عدد ، أو شىء الى شىء . يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان . فهى اسم للملك المشفوع بملك [(١)] .

٣ — **تعريف الشفعة** — لم تأت القوانين المصرية بتعريف للشفعة . واذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية ، التى استمدت أحكامها منها ، نجد أنها عرفت بأنها « حق تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن [(٢)] » .

(١) راجع المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ — نيل الأوطار ص ٨٠ — الزيلعى ص ٢٣٩ . والأصل فى تسميتها هو أن الرجل فى الجاهلية كان اذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له فى أن يوليه اياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه ، فسمى ذلك شفعة (الحطاب ٥ ص ٣١٠) .

(٢) مرشد الحيران المادة ٩٥ .

فهى حق اختيارى للشفيع ، يستعمله اذا أراد ، أى أنه لا يكره على استعماله .
وهى خاصة بالعقار . فلا تكون فى المنقول[١] .
ويترتب عليها تملك العقار كله أو بعضه ، لأن الشفيع تارة يستحق كل المبيع ، وتارة يستحق بعضه فقط ، كما اذا تعدد الشفعاء وكانوا من درجة واحدة ، فانه يقسم بينهم بالتفصيل الذى سيأتى بيانه .
والأصل أن الشفعة لا تكون فى حالة نقل الحقوق التى دون الملكية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . غير أن القانون فى المادة ٢ من قانون الشفعة جاء باستثناء لهذه القاعدة ، اذ أجاز لمالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع من صاحبه كما سيجىء .
ومتى ثبت حق الشفيع حق له تملك العقار « ولو جبرا على المشترى » ، لأن الغالب عدم رضاه .
وانما يجب عليه أن يقوم بدفع الثمن والمصاريف التى قام المشترى بدفعها .
ويقال لمن كان له حق الشفعة « الشفيع »[٢] .
وللعقار الذى تعلق به حق الشفعة « المشفوع »[٣] .
وللملك الشفيع الذى وجبت به الشفعة « المشفوع به »[٤] .
٤ — **الاشتباه بالغصب** — يذكر فقهاء الشرع كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب ، لمناسبة بينهما ، لأنه فى كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه . وفرقهما أن الشفعة مشروعة ، والغصب غير مشروع ، بل هو عدوان محض .
ويقول فقهاء الشرع كان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ، ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته ، لأنه يقع كثيرا فى المعاملات ، كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها[٥] .

---

(١) راجع ما سيجىء خاصا بالمال الذى تجوز فيه الشفعة .
(٢) المجلة المادة ٩٥١ .
(٣) المجلة المادة ٩٥٢ .
(٤) المجلة المادة ٩٥٣ .
(٥) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى ص ٢٣٩ .

٥ — *مشروعية الشفعة* — الشفعة فى الشريعة الاسلامية ثابتة بالسنة والاجماع :

بالسنة : للأحاديث العديدة الواردة بشأنها :

١ — فعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ — وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها .

٣ — وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ؛ فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به .

٤ — وعن عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور .

٥ — وعن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار أحق بالدار من غيره .

٦ — وعن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ؟ فقال الجار أحق بسقبه ما كان .

٧ — وعن عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبى وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعها ، فقال المسور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، فقال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أنى سمعت رسول الله يقول : الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها اياه .

٨ — وعن عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال قال النبى صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان

طريقهما واحدا [١] .

والاجماع : لما يرى من الأخذ بها فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الاسلام [٢] .

وزعم بعض الفقهاء أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه يتملك على المشترى ملكا صحيحا له بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، فانه من نوع الأكل بالباطل ، وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى فى ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره [٣] .

وجاء فى نيل الأوطار [٤] لم يختلف العلماء فى مشروعيتها الا ما نقل عن أبى بكر الأصم من انكارها .

٦ — **حكمة مشروعيتها** — حكمة مشروعية الشفعة اتصال ملك الشفيع بالشيء المشترى . فتجب لدفع ضرر المشترى عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، من حيث « اعلاء الجدار ، وايقاد النار ، ومنع ضوء النهار ، واثارة الغبار ، وايقاف الدواب والصغار » ، لا سيما اذا كان المشترى يضاده فى الأخلاق والعادات [٥] .

ولا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم ، والأخذ من المشترى ضرر محقق به ، لأنه غالب ، فيرفع قبل وقوعه ، والا فربما لا يمكن رفعه [٦] .

---

(١) راجع نبذة ١٧ .

(٢) المعاملات للشيخ أبى الفتح بك ص ٦٣ — ٦٤ .

(٣) من المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ .

(٤) ص ٨٠ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ ص ٤٥٤ — ابن عابدين ٥ ص ١٤٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٣٩ .

(٦) شرح سليم باز على المادة ١٠٠٨ من المجلة — ابن عابدين ٥ ص ١٤٢ .

وجاء فى أعلام الموقعين[1] أن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وان أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به . ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك . فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل الى حقه من الثمن .

وللشفعة مزية أخرى ، وهى منع تجزئة العقارات الى قطع صغيرة ببيعها لغير الجار والشريك ، اللذين باستعمالهما حق الشفعة يضمانها الى ملكهما ، فيمنعان تجزئتها .

غير أنه لا يلزم ، لكى تثبت الشفعة ، أن يتحقق الضرر فعلا ، لأنه من المقرر شرعا وقانونا أنها تثبت متى توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة . ولا يجوز دفع دعوى المدعى بها بأن سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجله لم يكن محققا[2] .

٧ — مضار الشفعة وعدم التوسع فيها — ان فى استعمال الشفعة تقييدا لحرية الملكية ، وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه رغم ارادته[3] .

---

(١) ص ٢٤٧ و ٢٤٨ .

(٢) استئناف أهلى ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوقى بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ — راجع ما سيجىء نبذة ٩ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) .

ولذلك يجب عدم التوسع فيها [١] ، حتى أن علماء الشرع توسعوا فى مسقطاتها ، وبالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل فى اسقاطها [٢] .

وقد صدرت جملة أحكام من المحاكم الأهلية والمختلطة فى تضييق حق الشفعة :

فقررت محكمة طنطا الابتدائية [٣] أن الغرض الذى يقصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال ملكية العين المشفوعة ، وهم الذين بينهم القانون ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ، فيحلون محل المشترى بالرغم منه ومن البائع ، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القانون أن يستفيدوا من ذلك الحق الاستثنائى ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل ، فيجب رفض طلب الشفعة اذا كان الغرض منه المضاربة [٤] ، كما لو كان الجار غير قادر على دفع الثمن واتفق مع شخص آخر على أن يدفعه مقابل أخذه جزءا من العقار المشفوع [٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ ابريل ١٨٩٥ (٧ص ٢٥٧) ، ٨ يونيه ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٢) ، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، ٢٦ ابريل ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

(٢) راجع ما سيجىء خاصا باستعمال الحيل نبذة ٩٩ وما بعدها .

(٣) ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف ضيا وجمال الدين أباظه) المجموعة ٢٠ ص ٢٧ رقم ٢٣ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٨ الحقوق ٣٤ ص ١٤١ .

(٤) راجع استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) ، ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ص ١٩٦) .

(٥) راجع استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحيل بك وعلى ذو الفقار بك ومستر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٣ ، وقد أيد هذا الحكم فى هذه النقطة حكم محكمة الزقازيق ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٢ ص ٦٣ — ومصر الابتدائية ٢٦ نوفبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عزى بك والقاضى محمد صالح) الحقوق ١٤ رقم ٣١ ص ٦٦ .

وقضت محكمة بنى سويف الابتدائية [١] أنه يعد باطلا لبنائه على سبب فاسد ومخالف للقانون التعاقد الذى يتعهد به شخص بتقديم النقود اللازمة لشفيع ليأخذ أطيانا بالشفعة ، ثم يتقاسمها معه ، لأن مثل هذا العقد يقصد به الاتجار والربح من طلب الشفعة بطريق غير شرعى ، وبناء على ذلك اذا تواطأ طالب الشفعة مع المشترى ، وتنازل عن دعوى الشفعة ، فليس لمقدم المال أن يطالب الشفيع بتعويض .

وحكم بأن حق الشفعة الذى للجار هو حق خاص به ، فليس له أن يتنازل عنه أو أن يستعمله لمصلحة شخص آخر ، وبذلك يجعله محلا للمضاربة . فيجب رفض دعوى الشفعة التى يحركها الجار لمصلحة شخص آخر قدم مصاريف القضية ووعد الجار بمكافأة فى حالة كسبه الدعوى المرفوعة ، وكذلك دعوى الجار المرهونة أملاكه والذى ليس لديه ما يستطيع به استعمال الشفعة لحسابه الخاص [٢] .

وحكم بأنه من حيث ان حق الشفعة هو من الحقوق الاستثنائية الخارجة بطبيعتها عن الحد ، فلا يجوز امتداده بطريق التأويل والاستنتاج ، بل من الواجب حصره فى أضيق حدوده ، وعلى ذلك لا يمكن سريانه بحجة المجاورة أو المنفعة أو التابعية اللازمة على قطعة أرض غير مجاورة لملك الشفيع ولا لباقى الأطيان المشفوعة ، حتى لو كانت تلك القطعة بيعت بثمن واحد مع باقى الأملاك المجاورة لها [٣] .

وقضى على عكس ذلك ، بجواز استعمال الشفعة ، حتى لو كان القصد منها

---

(١) بنى سويف الابتدائية ٢٠ مايو ١٩٠٣ (دائرة محمد مظهر بك والقاضى محمد فضلى والقاضى عبد اللطيف على) ، الاستقلال ٤ رقم ١٨١ ص ١٧١ ، وقد تأيد هذا الحكم فى الاستئناف فى ٢٠ ديسمبر ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ (١٢ ص ٢٣١) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٤) .

راجع كذلك ٨ يونيه ١٨٩٨ (١٠ ص ٣١٣) ، ٢٣ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٦١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٨٦ ، ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

المضاربة ، أو كان القصد بيع العقار المشفوع الى شخص آخر [١] ، لأن كل شفعة يوجد فيها مضاربة spéculation ، ويستحيل تصور شفعة تكون فيها المنفعة لعقار الشفيع ، ولا يكون فيها فى ذات الوقت منفعة شخصية للشفيع نفسه [٢] .

فليس للقاضى أن يرفض دعوى الشفعة التى ترفع على حسب الشروط المدونة فى القانون بحجة أنها استعملت بقصد المضاربة [٣] ، اذ لا يوجد فى القانون نص يقضى بعدم قبول الدعوى فى هذه الحالة . وكل مضاربة تكون مشروعة ما دام أن القانون لم يحرمها [٤] .

وحكم بأن طلب الشفعة الذى يقدم فى حالة من الأحوال المذكورة فى القانون لا يمكن أن ترفضه المحكمة بحجة أن الشفيع لم تكن لديه النقود اللازمة ، وأنه اقترضها بشروط تجعل الوفاء بها عسيرا ، ولذا يجب اعتباره أنه أعار اسمه للمقرض préte-nom du préteur [٥] .

ونحن لا نوافق على هذا الرأى الثانى .

واذا لجأ الشريك فى الملك الى غيره للحصول على المال اللازم لاستعمال حق الشفعة ، فلا يكون لعمله صفة المضاربة غير الجائزة أو المشروعة [٦] .

٨ — **ثبوت الشفعة ولو لم يتحقق الضرر** — اذا توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى

---

(١) راجع استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) ، ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٣١) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ص ١٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٦٢) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ (٢٥ ص ٩٠) .

(٦) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس متحققا [١] ، لأنه مهما يكن من الحكمة التى توخاها الشارع فى تقرير حق الشفعة فانه طرد البـاب وأطلق الحـكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت فى حالته حكمة ذلك الحق ، فلا محـل للتخصيص والتقييد [٢] .

خصائص حق الشفعة

٩ — **هو استثنائى** — حق الشفعة حق استثنائى كما بينا ، لأن فيه تقييدا لحرية التعاقد ولحق الملـكية ، فبمقتضاه يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه ، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذى أراد البيع له ، وقد يتفق أن يكون عامل المشترى معاملة ممتازة ، من حيث الثمن أو شروط البيع ، لاعتبارات خاصة موجودة فيما بينهما ، فيستفيد الشفيع من هذه المعاملة ، وان كانت لا توجد هذه الاعتبارات بالنسبة له .

ولذلك يجب كما قلنا عدم التوسع فى تفسير نصوص حق الشفعة [٣] . وقد حاطه الشارع نفسه بجملة قيود ، فنص على أن لا شفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم والعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر ، أو من المـالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة (المادة ٣ فقرة ٢) ، ونص على وجوب اسـتعماله فى مواعيد قصيرة بينها ، والا سقط الحق فيه ، الى غير ذلك من القيود التى تراها مفصلة فى مواضع أخرى من هذا الـكتاب .

---

(١) استئناف مصر ١٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوق بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ ، ١٧ نوفبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٦٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧١ — مصر الابتدائية حـكم استئناف ٢٦ نوفبر ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ — استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

(٢) ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوى وخليل عفت وصالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٦١ ص ٣٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧١ .

(٣) راجع نبذة ٧ .

١٠ — **حق عقارى** — حق الشفعة حق عقارى ، لأنه لا يقع الا على العقارات . وسنفصل ذلك عند بحث ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

١١ — **حق غير قابل للتجزئة** — الشفعة حق غير قابل للتجزئة . فللشفيع أن يطلب كل العقار المبيع اذا توافرت لديه شروط الشفعة . وليس له أن يطلب جزءا منه فحسب ، ويترك الباقى . وسيجىء تفصيله فيما بعد .

١٢ — **هل الشفعة حق عينى ؟** — اختلف فى ذلك .

ومن رأى بعض الأحكام أنها حق عينى :

فقد جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة وان كانت من حق كل مالك فى حالة بيع عقار جاره ، وتكون له فى كل مرة يباع فيها هذا العقار ، فانها مع ذلك ليست حقا شخصيا بالمعنى الذى يخصصه القانون لهذه العبارة ، مقابل عبارة الحق العينى . فالشفعة حق عينى حقيق ، ومصدر هذا الحق وأساسه هو الحق العينى لملكية العقار الشافع التى تخول مالك هذا العقار حقا Jus ad rem على العقار المشفوع [١] .

وجاء فى حكم آخر لمحكمة الاستئناف المختلطة أن حق الشفعة حق عينى يتولد من حق ملكية العقار وينتقل من مالك الى مالك بانتقال الملك من شخص الى شخص [٢] .

وقررت كذلك بعض المحاكم الأهلية أن الشفعة حق عينى ثابت على العقار ، وأنه متى ترتب هذا الحق بمجرد حصول البيع فيكون تابعا للعقار فى يد أى كان ، ولا يزول عنه الا بمسوغ قانونى ، كالتنازل صراحة أو ضمنا ، وعدم المطالبة به لمدة

---

(١) استئناف مختلط أول مارس ١٩٢١ Prés. Cambas (٣٣ ص ١٩٠) . راجع كذلك ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ ص ١٤٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٦ .

معينة قانونا [١] .

وقرر بعض الأحكام أن الشفعة حق شخصى ، لا يمكن استعماله لمصلحة شخص آخر أو التنازل عنه للغير [٢] .

وقد جاء فى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة أن الشفعة ليست حقا عينيا ، وانه وان كان غرض الشفيع الحصول على الملكية ، لكنه لا يصل اليها الا بواسطة عقد بالحلول قبل البائع محل المشترى فى كل حقوقه والتزاماته . ومعنى هذا أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية ، بل حقا شخصيا ، وهو الحق فى أن يصير مشتريا بالأفضلية على المشفوع منه ، ولو ضد ارادة البائع ، و بذلك تكون له الحقوق التعاقدية التى كانت للمشترى السابق [٣] .

وقد حكم بأن المادة ٦٦ (مختلط) قد أوردت الشفعة بين طرق اكتساب الملكية ، والدعوى التى يطلب بها حق الشفعة مصدرها وسببها ليس رابطة التزام ، وانما حالة قائمة متعلقة بعقار ، و يترتب عليها الزام المشترى بترك ملكية العقار لمصلحة الجار بسبب صفة كونه مالكا للعقار المجاور . فالدعوى اذن دعوى عينية حقيقية [٤] .

وقد حكم بأن دعوى الشفعة دعوى عينية عقارية بما أن موضوعها عقار معين

---

(١) استئناف أهلى ٧ نوفبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هلتس ومسيو كامران) المحاكم ٦ ص ٧١٦ .

استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) المحاكم ٦ ص ٤٢٩ .

استئناف أهلى ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٠ برياسة Korizmico (١٢ ص ٢٣١) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ برياسة Baviera (٣٩ ص ١٠٢) .

(٤) استئناف مختلط ١١ مايو ١٨٩٢ (٤ ص ٢٥٩) .

يطالب الشفيع بالحلول فى ملكيته محل المشترى أى كان[١] .

وحكم بأن دعوى الشفعة ليست حقا عينيا Jus in re ، بل هى دعوى شخصية للحلول فى حقوق المشترى une action personnelle en subrogation dans les droits de l'acquéreur (jus ad rem) ، ولا يكتسب الشفيع الملكية الا بالتسليم الاختيارى أو بحكم القضاء[٢] .

وحكم بأنها وان لم تكن دعوى عينية عقارية ، فانها ليست دعوى شخصية بما أن الغرض منها اكتساب ملكية عقار[٣] .

وقضى بأنه لا يمكن وصف الشفعة بأنها حق عينى يتبع العقار أينما حل ، فقد جاء صريحا فى القانون المدنى أنها طريقة من طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية ، كالعقود والهبة والميراث ووضع اليد بدون فرق ، ولا يتصور أن السبب المنتج للحق العينى يسمى نفسه حقا عينيا ، فليست اذن الشفعة حقا من الحقوق يؤثر لذاته فى الشىء ، كالملكية أو حق الانتفاع ، وانما هى سبب من الأسباب القانونية التى تنشىء حق الملكية العينى ، أو بعبارة أخرى هى مجرد اباحة للتوصل الى اكتساب حق الملكية بشروط وفى أحوال مخصوصة ، وهذه الاباحة لا تنتج حقا الا اذا استعملت ، وحينئذ فلا يتولد حق عينى للشفيع بمجرد البيع ، وانما يتولد هذا الحق عند طلب أخذ الشفيع بالشفعة والقضاء به[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ برياسة Korizmico (١٤ ص ١٦٣) ، أول مايو ١٩٠٢ برياسة Korizmico (١٤ ص ٢٧٥) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ١٠٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩٠٨ برياسة Moriondo (٢٠ ص ٢٢٩) .

(٤) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ ص ١٠٧ .

وقد جاء فى حكم محكمة الاستئناف بدوائرها مجتمعة [١] ، القاضى بأن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى :

« وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو بالرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيئة ، أو بعبارة علماء القانون Simple faculté ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره .

« وحيث انه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، و بناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادىء التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها فوجب العمل بها » .

و يقول الأستاذ عبد السلام ذهنى بك [٢] ان حق الشفعة شخصى عينى : شخصى بالنسبة للشفيع ، وعينى بالنسبة للعقار المشفوع فيه .

---

(١) ٣ مايو ١٩٣٠ (برياسة كامل ابراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادى الجندى بك ومحمد فريد الشافعى بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد فهمى حسين بك وأحمد نظيف بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفى بك ومحمود على سرور بك وعلى حيدر حجازى بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلى زكى العرابى بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ .

(٢) « فى الأموال » نبذة ٤٥٩ ص ٦٥٢ .

ومن رأى الأستاذ السنهورى[١] أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، بل هى واقعة قانونية طبيعية ، وهى من أسباب اكتساب الملكية ، فهى ليست بحق ، بل هى مصدر للحق[٢] .

ومن رأى مسيو دى هلتس أن حق الشفعة حق شخصى متعلق بشىء droit personnel ad rem مرتبط بالشخص الذى تتوافر فيه الشروط الواجبة وقت بيع العقار الذى تترتب عليه الشفعة ، ولا ينتقل مع ملكية العقار اذا بيع بعد هذا الوقت[٣] .

ولكن دى هلتس لا ينظر الى حق الشفعة الا من وجهة واحدة ، وهى وجهة صاحب الحق الذى تتوافر فيه وقت البيع الشروط المطلوبة للأخذ بالشفعة ، فان له حقا شخصيا ، بمعنى أن حق الشفعة خاص به ، ولا ينتقل الى ورثته ، ولكن الشفيع فى ذلك مثل صاحب حق الانتفاع ، فان حقه لا ينتقل الى ورثته ، ومع ذلك فلا خلاف فى أنه حق عينى .

ومن رأى مسيو فورجير أنه حق شخصى ، لا عينى[٤] .

وعندنا أن حق الشفعة أقرب الى الحق العينى منه الى الحق الشخصى . فللشفيع بمقتضاه ما يشبه حق التتبع وحق الأولوية اللذين يخولهما الحق العينى :

حق التتبع droit de suite : لأن للشفيع أن يطلب العقار ممن هو فى يده ، أيا كان . فاذا باع المشترى العقار الى آخر فللشفيع الحق فى طلبه من المشترى الجديد (المادة ٩ من قانون الشفعة) . ويستنتج من ذلك أنه لو كان الحق شخصيا فان صاحب الحق لا يتقاضى حقه الا من شخص معين .

---

(١) فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات » الجزء الأول (نظرية العقد) ص ٧٥ (هامش) .

(٢) قارن حكم الاستئناف الأهلى ، ١٢ ابريل ١٨٩٥ السابقة الاشارة اليه .

(٣) دى هلتس ، شفعة ، نبذة ٦ .

(٤) فورجير ص ١٢٢ : un droit personnel, non réel, un jus ad rem et non un jus in re

وحق الأولوية droit de préference : لأن الشفيع مقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع ، اذا توافرت فيه كل الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، ومتى قام بالاجراءات التى يوجبها القانون . وقد جاء فى المادة ١٢ من قانون الشفعة أن « كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع » .

القانون الواجب تطبيقه فى الشفعة

١٣ — قانون الشفعة الخاص بها — للشفعة قانون خاص فى مصر[١] ، فيجب اذن العمل بأحكامه وتطبيقها[٢] .

١٤ — اختلاف النصين العربى والفرنسى — من رأى محكمة مصر الابتدائية[٣] أنه اذا اختلف النص العربى عن النص الفرنسى فى قانون الشفعة ،

---

(١) راجع نبذة ١ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٦ نوفبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضى محمد صدق والقاضى محمد زكى) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ الفهرست الأولى للمجموعة رقم ٧٧٣ : لا تسرى أحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ متعلقا بالشفعة على ما قبلها من الزمن اذا كان طلب الشفعة تقدم قبل صدور هذا الأمر العالى . وبناء على ذلك فالمسائل المتعلقة بشروط الشفعة والمواعيد الواجب مراعاتها فيهـا يسرى عليها القانون السابق على ذلك الأمر العالى .

استئناف مصر الأهلية ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) المجموعة ٦ رقم ١٤ ص ٢٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٧ :لا تنطبق قواعد قانون الشفعة من حيث سقوط الحق فيهـا على دعوى شـفعة سابقة على صدور هذا القانون .

(٣) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠١ .

فان الذى يجب تطبيقه أمام المحاكم الأهليــة هو النص العربى ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى صدر به القانون فعلا ، وكلف الناس باتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذة الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينبهوا اليه بأى طريق من الطرق المعروفة فى القانون ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى اذا كان النص العربى غامضا بتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك الغاء القانون الذى صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها القانون .

وقد قررت محكمة مصر ذلك بمناسبة تفسير المادة ٣ من قانون الشفعة ، الخاصة بالبيع بالمزايدة ، والتى تعارضت فيها أحكام المحاكم .

ومن رأينا أنه يجب العمل بالنص الفرنسى ، فى مثل هذه الحالة ، لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، فقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ، وصدر أولا بالنسبة للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة للمحاكم الأهلية . ولم يطرح هذا القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين ، كما ذكر ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر الابتدائية [١] .

وبما أن الشفعة تتولد بين الشفيع والبائع والمشترى معا فيطبق القانون الأهلى اذا كانوا كلهم وطنيين ، والقانون المختلط اذا كانوا كلهم أو أحدهم من الأجانب [٢] .

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم المختلطة تكون مختصة

---

(١) راجع اسيوط الابتدائيــة اســتئناف ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندى بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ ص ٨٨ المحاماة ١ رقم ٩٨ ص ٤٨٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٣ .

(٢) قارن مادتى ١٤ و ١٨ من قانون الشفعة .

بالنظر والفصل فى دعوى الشفعة اذا رفعها بعض الشركاء على الشيوع ضد شريك على الشيوع من رعايا الحكومة المحلية اذا وجد أجنبى بين الشركاء على الشيوع طالبى الشفعة [١] .

وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الشفعة تكون خاضعة للقانون التابع له كل من المشترى والشفيع فقط ، لأنهما الخصمان الحقيقيان [٢] . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفيع والمشترى فى الدعوى الحالية أهليان فلا ينطبق عليها القانون المختلط وان كان البائع أجنبيا .

« وحيث انه لا يمكن انطباقه عليها أيضا باعتبار كونه قانون عقد البيع الذى تولد عنده الحق المتنازع فيه ، لأن الشفعة ليست من الحقوق الاتفاقية ، أى التى تنتج من اتفاق المتعاقدين وتتكون من اتحاد ارادتهما ، بل هى من الحقوق القسرية التى مصدرها القانون ، وعلاقتها بالبيع علاقة مناسبة لا علاقة نسيب ، فلا يبحث عنها فى اتفاق المتبايعين ، ولا فى القانون الذى يحكم اتفاقهما باعتبار أنه هو الملحوظ لهما وقت التبايع ، بل فى القانون الذى يخضع اليه الشفيع والمشترى اللذان هما الطرفان الحقيقيان لها ، كالحق فى نزع الملكية للمصلحة العامة لا يرجع فيه الى القانون الذى اكتسب المالك بموجبه الملك المراد نزعه ، بل الى القانون الذى يخضع هو والحكومة لسلطانه ، ولا فرق بين الحقين ، لأن كلا منهما مصدره القانون وموضوعه نزع الملك قهرا عن صاحبه وغايته فائدة الغير من مصلحة عامة أو خاصة .

« وحيث ان لائحة الشفعة الصادرة للمحاكم الأهلية لا تنطبق أيضا على هذه الدعوى لتولد الحق فيها واقامتها قبل وجوب العمل بها ، وليس وجوب ادخال البائع فى الدعوى الذى قضت به هذه اللائحة من أحكام المرافعات كما فهمت خطأ محكمة أول درجة ، بل هو من الأحكام المتعلقة بالحق ، لأنه شرط فى صحة

(١) استئناف مختلط ٤ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٩٢ ص ٢٧١ الجدول العصرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٠ .

(٢) استئناف أهلى ٢٥ ابريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد موسى بك) المجموعة ٧ رقم ٨ ص ١٣ .

استعماله ، اذ لا معنى لاختصام شخص فى دعوى الا استعمال الحق الذى هو موضوعها ضد من له شأن فيه ، فلا يسرى عليه الا القانون الذى يسرى على الحق نفسه» .

ولكن هذا الرأى غير صحيح ، لأن القانون نفسه أوجب ضرورة وجود البائع فى دعوى الشفعة ، وللبائع مصلحة فى ذلك ، ولا يمكن أن تحكم فى أمر مصالحه الا المحكمة المختصة [١] .

١٥ — الرجوع الى أحكام الشريعة — وفى حالة عدم وجود نص صريح يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، لأن معظم أحكام حق الشفعة مأخوذ منها ، وقد قضت بذلك المحاكم المختلطة والأهلية [٢] .

وليس القاضى مقيدا بالأخذ بأحكام مذهب مخصوص من المذاهب الشرعية ، أولا لعدم وجود نص قانونى يلزمه بذلك ، وثانيا لأن قانون الشفعة نفسه استمد أحكامه من مذاهب مختلفة كما سترى . فالقاضى اذن أن يأخذ بأى حكم من أحكام الشريعة يراه موافقا لقواعد العدالة بسبب عدم وجود نص فى القانون ، بناء على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، المقابلة للمادة ١١ مدنى مختلط .

وليس للقاضى كذلك أن يأخذ بأى نص من أحكام الشرع اذا رآه غير موافق لسياق نصوص قانون الشفعة ، لأن القانون المذكور جاء ببعض نصوص تخالف أحكام الشريعة [٣] .

---

(١) زكى العرابى بك نبذة ٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٨٩٢ (٥ ص ٤٦) .

بندر طنطا الجزئية (القاضى محمود صادق بك) ٢٥ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥١٥ ص ٦٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٧ مجموعة ناصر ٤٦٢٨ .

قارن استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك ومستر بوند وقاسم أمين بك) القضاء ٣ ص ١٠٧ .

(٣) استئناف أهلى ٢ ابريل ١٨٩٥ المحاكم ٦ عدد ٢٣٧ — استئناف مصر دوائر مجتمعة ٣ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ — زكى العرابى بك نبذة ٨ .

من لهم حق الشفعة

(١) فى الشريعة الاسلامية

١٦ — اختلاف فى الرأى — لم يتفق الأئمة على ثبوت الشفعة الا للشريك فى الملك[١] ، واختلفوا فيما عدا ذلك .

فقال أبو حنيفة وأهل العراق الشفعة على مراتب ، يقدم فيها الشريك فى نفس المبيع[٢] ، ثم الشريك فى حقوق المبيع[٣] ، ثم الجار المالك بعدهما[٤] .

وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أن لا شفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع[٥] .

١٧ — حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار[٦] :

(١) منع مضايقة الجار ، فان الجار قد يسىء الى جاره غالبا أو كثيرا ، فيعلى الجدار ، ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، كما يشهد به الواقع .

(٢) ما أوصى به الله ورسوله فى القرآن والسنة من اكرام الجار والاحسان اليه .

(٣) الحكم بالشفعة ثبت فى الشركة ، لافضائها الى ضرر المجاورة ، فانهما اذا اقتسما تجاورا . ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات . فاذا ثبتت فى الشركة فى العقار ، لافضائها الى المجاورة ، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .

(٤) هذا معقول النصوص لو لم ترد بالثبوت فيها ، فكيف وقد صرحت

---

(١) كتاب الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٦ .

(٢) راجع نبذة ٢٥ .

(٣) راجع نبذة ٢٦ وما بعدها .

(٤) المبسوط للسرخسى ص ٩٤ .

(٥) كتاب رحمة الأمة ٢ ص ٣٧ — الترمذى فى جامعه ، حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

(٦) راجع اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها .

بالثبوت فيها أعظم من تصريحها بالثبوت للشريك :

(ا) فعن عمرو بن الشريد قال « وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة ، ثم جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال يا سعد ابتع منى بيتى فى دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعها ، فقال المسور والله لتبتاعنها ، فقال سعد والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ، ولولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها اياه[1] » .

(ب) عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « جار الدار أحق بالدار من غيره[2] » .

(ج) وعن الشريد بن سويد قال « قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ، فقال الجار أحق بسقبه ما كان[3] » .

---

(١) قوله « ابتع بيتى » ، بلفظ التثنية ، أى البيتين الكائنين فى دارك .
وقوله « فقال المسور » فى رواية أن أبا رافع سأل المسور أن يساعده على ذلك .

وقوله « منجمة أو مقطعة » شك من الراوى ، والمراد مؤجلة على أقساط معلومة (نيل الأوطار ص ٨٥ — ٨٦) .

(٢) قوله « أحق » فى شرح السنة هذه اللفظة تستعمل فيمن لا يكون غيره أحق منه ، والشريك بهذه الصفة أحق من غيره ، وليس غيره أحق منه . وقد استدل بهذا القائلون بثبوت الشفعة للجار ، وأجاب المانعون بأنه محمول على تعهده بالاحسان والبر بسبب قرب داره ، وكذا قال الشافعى (نيل الأوطار ٨٤ — ٨٥) .

(٣) قال البغوى ليس فى هذا الحديث ذكر الشفعة ، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة ، ويحتمل أن يكون أحق بالبر والمعونة .

قوله « أحق بسقبه » بفتح السين المهملة والقاف وبعدها باء موحدة ، ويجوز فتح القاف واسكانها (نيل الأوطار ص ٨٤ — ٨٥) . والسقب القرب ، والمراد منه الشفعة ، وتجوز كتابته بالسين والصاد جميعا كالصراط ، يقال دار فلان بسقب دار فلان ، أى بقرب منها ، وأبيات القوم متساقبة أى متقاربة . وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان ، والمنزل سقب ومسقب (حاشية الشلبى ص ٢٣٩ — ٢٤٠) — والسقب بالسين القرب والمجاورة ، وبالصاد الأخذ والانتزاع (المبسوط ص ٩١) .

(د) وعن عطاء عن جابر قال « قال النبى صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا [١] » .

(هـ) وعن أبى سعيد الخدرى «قال ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » . والخليط هو الشريك فى نفس المبيع ، والشفيع هو الشريك فى حقوق المبيع ، كالشرب والطريق . وقيل على عكس ذلك ، فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك يكون فى نفس المبيع ، والخليط يكون فى حقوق المبيع ، سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك ، والشفيع هو الجار . وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب ، وأن البعض مقدم على البعض بقوة سببه ، وهذا انما يتأتى على مذهب من يثبت الشفعة لغير الشريك[٢] .

وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

(و) وعن جابر أيضا « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من كان له جار فى حائط أو شريك فلا يبعه حتى يعرضه عليه » .

= وقوله « ما كان » : له معنيان ، أحدهما أن المراد من كان ، فان ما تذكر بمعنى من ، قال الله تعالى والسماء وما بناها ، فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى . والثانى أن المراد بقوله ما كان أى ما كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة — فيكون دليلا لمن يقول بثبوت الشفعة فيما لا يحتمل القسمة — والبعض كالشافعى يقول بعدم ثبوت الشفعة الا فيما يحتمل القسمة (راجع ما سيجىء نبذة ٩ وما بعدها — المبسوط ص ٩٢ — ٩٣) .

وبظاهر هذا الحديث يستدل من أوجب الشفعة فى بعض المنقولات ، كالسفن ونحوها ، وهو قول أصحاب الظواهر (المبسوط ص ٩٣) .

(١) قوله « ينتظر بها » مبنى للمفعول .

وقوله « اذا كان طريقهما واحدا » فيه دليل على أن الجوار بمجرده لا تثبت به الشفعة ، بل لا بد معه من اتحاد الطريق (نيل الأوطار ص ٨٦ — ٨٧) .

(٢) المبسوط ص ٩١ — ٩٢ .

(ز) وعن هشام بن المغيرة الثقفى ، قال سمعت الشعبى يقول «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » .

(ه) ان حق الأصيل ، وهو الجار ، أسبق من حق الدخيل ، وهو المشترى ، وحكمة الشفعة فى الشركة متوافرة فى حالة الجوار ، والضرر منه دائم متأبد ، ولا يندفع ذلك الا برضاء الجار ، ان شاء أقر الدخيل على جواره له ، وان شاء انتزع الملك بثمنه[1].

ولا يرد بحالة المستأجر مع المالك ، فان منفعة الاجارة لا تتأبد عادة كحالة الجوار .

١٨ — حجج المبطلين لشفعة الجوار[2] :

(١) النصوص :

(أ) فعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[3] » .

(ب) وعن جابر أيضا « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ، ربعة أو حائط ، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان

(١) المبسوط ص ٩٥ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٣) قوله « فى كل ما لم يقسم » ظاهر هذا العموم ثبوت الشفعة فى جميع الأشياء وأنه لا فرق بين الحيوان والجماد والمنقول وغيره . وقد ذهب الى ذلك العترة ومالك وأبو حنيفة وأصحابه (راجع ما يقال خاصا بشفعة المنقول) .

وقوله « فاذا وقعت الحدود » أى حصلت قسمة الحدود فى المبيع ، واتضحت بالقسمة مواضعها .

وقوله « وصرفت الطرق » ، بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة ، وقيل بتشديدها ، أى بينت مصارفها ، وكأنه من التصريف والتصرف . قال ابن مالك معناه خلصت وبانت ، وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة ، وهو الخالص من كل شىء ، سمى بذلك لأنه صرف عنه الخلط ، فعلى هذا صرف مخفف الراء ، وعلى الأول أى التصريف والتصرف مشدد (نيل الأوطار ص ٨٠ — ٨١) .

شاء أخذ وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به[(١)] » .

(٢) ان الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزاحم فى المرافق والحقوق والتعديل والتغيير والافضاء الى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه .

وقالوا ان حالة الشريك تفترق عن حالة الجار فى مدى حقوق كل منهما ، فان للشريك على شريكه حق مطالبته بالقسمة وحق منعه من التصرف فى المال المشترك ، ولذلك ثبت له حق استحقاق الملك اذا بيع لغيره . أما الجار فليس له شىء من ذلك قبل جاره . والحكمة من شفعة الشريك أيضا هى تجنب مضار القسمة التى قد تؤدى اليها مضايقة الشريك الجديد ، ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها بانتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشترى ، ولا تنطبق هذه

---

(١) قوله « فى كل شركة » ، وفى رواية فى كل شرك ، وهو بكسر الشين المعجمة واسكان الراء ، من أشركته فى البيع اذا جعلته لك شريكا ، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثانى ، فيقال شرك وشركة ، كما يقال كلم وكلمة .

وقوله « ربعة » بفتح الراء وسكون الموحدة ، تأنيث ربع ، وهو المنزل الذى يرتبعون فيه فى الربيع ، ثم سمى به الدار والمسكن .

وقوله « لا يحل له أن يبيع » الخ : ظاهره أنه يجب على الشريك اذا أراد البيع أن يؤذن شريكه — جاء فى شرح الارشاد أن الحديث يقتضى أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك . وقد قال الشافعى اذا صح الحديث فاضربوا بقولى عرض الحائط .

وقوله « فان باعه ولم يؤذن فهو أحق به » فيه دليل على ثبوت الشفعة للشريك الذى يؤذنه شريكه بالبيع . وأما اذا أعلمه الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ، ثم أراد الشريك أن يأخذه بالشفعة ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والهادوية وابن أبى ليلى والبتى وجمهور أهل العلم أن له أن يأخذه بالشفعة ، ولا يكون مجرد الاذن مبطلا لها . وقال الثورى والحكم وأبو عبيد وطائفة من أهل الحديث ليس له أن يأخذه بالشفعة بعد وقوع الاذن منه بالبيع . ودليل الآخرين مفهوم الشرط فانه يقتضى عدم ثبوت الشفعة مع الايذان من البائع . ودليل الأولين الأحاديث الواردة فى شفعة الشريك والجار من غير تقييد ، وهى منطوقات لا يقاومها ذلك المفهوم . وأجيب بأن المفهوم المذكور صالح لتقييد تلك المطلقات عند من عمل بمفهوم الشرط من أهل العلم ، والترجيح يصار اليه عند تعذر الجمع ، وقد أمكن هنا ، بحمل المطلق على المقيد (نيل الأوطار ص ٨٣ — ٨٤) .

الحكمة على حالة الجار ، فليس للجار حق يصلح أساسا للشفعة ، ولا تتوافر بالنسبة له الحكمة منها .

(٣) كما أن الشارع يقصد منع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشترى ، ولا يجب أن تكون مصلحة الأول مسوغا للاضرار بالثانى ، فاذا سمح للجار بالشفعة من المشترى لدار يحتاج الى سكناها مع أسرته تعذر عليه الحصول على دار ما لم تكن خالية من الجوار ، وهذا فى الواقع مستحيل ، بخلاف الشركة فان المشترى يمكنه أن يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها .

يضاف الى ذلك أن الضرر الواقع على المشترى بسبب شفعة الشريك بسيط جدا بالنسبة للضرر الذى يلحق الشريك الشفيع ، لأن المشترى لا يمكنه الانتفاع مستقلا بما اشتراه ، بينما الشريك يمكنه ذلك بضم المبيع الى ملكه .

(٤) حينئذ يتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار فيها مرادا به الشريك . ووجه هذا الاطلاق المعنى والاستعمال اللغوى . أما المعنى فان كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه ، فهما جاران حقيقة . وأما الاستعمال فانهما خليطان متجاوران ، ولذا سميت الزوجة جارة ، كما قال الأعشى :

أيا جارتى بينى فانك طالق   كذاك أمور الناس غاد وطارق

والمراد زوجته ، وهى شريكته فى الفراش .

ورد على ذلك بأن فى هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ، ثم الزوجة تسمى جارة لأنها مجاورة فى الفراش تنصرف عنه ، لا لأنها تشاركه ، وفى الأحاديث ما يدل على بطلان هذا التأويل[1] .

١٩ — رأى وسط — من رأى بعض الفقهاء[2] أنه ان كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك ، من طريق أو ماء أو نحو ذلك ،

---

(١) المبسوط ص ٩٠ .

(٢) راجع أعلام الموقعين ص ٢٦٠ .

ثبتت الشفعة ، وان لم يكن بينهما حق مشترك البته ، بل كان كل واحد منهما متميزا ملكه وحقوق ملكه ، فلا شفعة .

فالآراء من حيث سبب الشفعة اذن ثلاثة :

(١) رأى يثبت شفعة الجوار مع تميز الطرق والحقوق[١] .

(٢) ورأى يسقطها مع الاشتراك فى الطرق والحقوق[٢] .

(٣) ورأى يسقط شفعة الجوار اذا صرفت الطرق ، ولم يكن هناك اشتراك فى حق من حقوق الأملاك ، ويثبتها اذا اشترك الجاران فى حق من حقوق الأملاك ، كالطريق[٣] .

وحديث جابر صريح فى الرأى الأخير ، فانه قال الجار أحق بسقبه ينتظر به وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ، فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ، ونفاها به مع اختلاف الطريق ، بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

ويقول أنصار هذا الرأى الوسط ان القياس الصحيح يقتضى هذا القول ، فان الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب اليه ، ورفعه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى ، فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى حقوقه ، فهذا المذهب أوسط المذاهب ، وأجمعها للأدلة ، وأقربها الى العدل[٤] .

الشركة التى تجيز الشفعة

٣٠ — اختلاف فى الرأى — قد اختلف من قالوا بوجود الشفعة فى الشركة الى رأيين :

---

(١) وهذا رأى أهل الكوفة (أعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٢) وهذا رأى أهل المدينة (أعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٣) وهذا رأى أهل البصرة (اعلام الموقعين ص ٢٦١) .

(٤) أعلام الموقعين ص ٢٦٢ .

(١) رأى مالك فى احدى روايتيه والشافعى أن كل ما لا ينقسم ، كالبئر والحمام والطريق ، لا شفعة فيه .

(٢) رأى أبى حنيفة ومالك فى روايته الأخرى أن فى ذلك الشفعة [(١)].

وسنبين حجج كل من الرأيين :

٢١ — الرأى الاول — لا شفعة فيما لا يحتمل القسمة : يقول هـذا الرأى بأن لا شفعة الا فيما يقبل القسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة كان عليه فى ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق فى مرافق المنزل ما هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها ، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فمكنه الشارع من رفع هـذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى الذى يريد الدخول عليه [(٢)].

٢٢ — الرأى الثانى — الشفعة جائزة أيضا فيما لا يحتمل القسمة :

يقول من يأخذ بهذا الرأى ان الشفعة انما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فتجوز فيما لا ينقسم ، فاذا كانا شريكين فى عين من الأعيان ، بارث أو هبة أو وصـية أو ابتياع أو نحو ذلك ، لم يكن رفع ضرر أحـدهما بأولى من رفع ضرر الآخـر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، اذ فى ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبـه ، فانه يصل الى حقـه من الثمن ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعا [(٣)] .

وقالوا ان الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالشركة فيما يقبـل القسمة ، فاذا كان الشارع مريدا لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع .

---

(١) الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٧ .

(٢) أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٨ .

(٣) راجع أعلام الموقعين ٢ ص ٢٤٩ .

وقالوا لو كانت الأحاديث مختصة بالأعيـان المنقسمة فاثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة .

رأى الامام أبى حنيفة

٢٣ — عند الامام أبى حنيفة سبب الشفعة هو كما تقدم اتصـال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو اتصال جوار[١] . فالذين لهم حق الشفعة عنده هم الشركاء والجيران :

(١) الشركاء

٢٤ — الشركة فى الشفعـة على نوعين : شركة فى نفس العقـار المبيع ، وخلطة أو شركة فى حقوقه .

٢٥ — الشركة فى نفس العقار — فالشركة فى نفس العقار المبيع هى أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه ، قليلة كانت أو كثيرة ، فان كانت حصته مفرزة عن العقار فلا يكون شريكا فيه [٢] .

والمشـارك فى حائط الدار يعتبر مشاركا فى نفس العقـار [٣] ، اذا كان شريكا فى أرض الحائط ، أو فى الأرض والبناء ، أما اذا كان شريكا فى بنـاء الحائط دون الأرض فيعتبر جارا كما سيجىء [٤] .

٢٦ — الشركة فى حقوق العقار — الخلطة أو الشركة فى حقوق العقار المبيع عبارة عن الشركة فى حق الشرب الخاص ، أو الطريق الخاص .

ويسمى الشريك فى حقوق الملك الخليط [٥] .

---

(١) راجع مرشد الحيران المـادة ٩٦ .

(٢) مرشد الحيران المادة ٩٨ — المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران المادة ٩٨ — المجلة المادة ١٠١٢ .

(٤) راجع نبذة ٢٢ .

(٥) المجلة المادة ٩٥٥ .

٢٧ — الطريق الخاص — اذا بيعت دار لها باب على طريق خاص كان أصحـاب سائر البيوت التى تفتح أبوابها على ذلك الطريق كلهم شفعـاء ، سواء أ كان جوارهم ملاصقا أم لم يكن [١] .

ولـكن اذا بيعت احدى الدور التى لهـا باب على الطريق العـام فليس لأصحاب الدور الأخرى التى لها أبواب على الطريق العام حق الشفعة [٢] . فلا شفعة بالطريق العام لصاحب الملك المقابل للعقـار المبيع ، ولو تقار بت الأبواب ، وانمـا تـكون الشفعة للجـار الملاصق ، سواء أ كان باب داره فى هذا الطريق أم فى غيره [٣] .

والطريق الخاص هو الزقاق الذى لا ينفـذ [٤] . والمراد بذلك أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه أحد غيرهم ، ولـكن لو كان فيه مسجد فيعتبر نافذا [٥] .

ولو فتح أصحاب الطريق الخاص منفذا ، ووصلوه بالطريق العـام ، كان لهم أن يمنعوا غيرهم من المرور فيه [٦] .

والطريق النافذ الذى لا يستحق به الشفعة هو ما لا يملك أهله سده [٧] .

٢٨ — تطبيقات :

ا — دار فيها طريق الى الدرب ، ويخرج من باب آخر منها الى الطريق الأعظم ، فان كان طريقها للنـاس فلا شفعة لأهل الدرب ، لأن السكة نافذة

---

(١) المجلة المادة ١٠٠٨ — مرشد الحيران المادة ٩٦ — البدائع ص ٤ .

(٢) المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٢ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) المجلة المادة ٩٥٦ .

(٥) ابن عابدين جزء ٥ ص ١٠٥ .

(٦) شرح المجلة لسليم رستم باز على المادة ٩٥٦ من المجلة .

(٧) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

وان كان طريقا لأهل الدرب خاصة فهم شفعاء ، لأن السكة غير نافذة [١] .

ب — دار بيعت ولها بابان فى سكتين ، فان كانت هذه الدار منذ القديم دارين ، باب احداها فى سكة غير نافذة وباب الأخرى فى السكة الأخرى مثلها، فاشتراها رجل ورفع الحائط من بين الدارين حتى صارتا دارا واحدة ، فلأهل كل سكة أن يأخذ الجانب الذى كان بابه فى تلك السكة . وان كانت هذه الدار المبيعة فى الأصل واحدة ولها بابان كانت الشفعة لأهل السكتين فى جميع الدار بالسوية ، وانما يعتبر فى هذا القديم دون الحادث [٢] .

٢٩ — الشرب الخاص — اذا بيعت احدى الرياض المشتركة فى حق شرب خاص يكون أصحاب الرياض الأخر كلهم شفعاء ، يستوى الملاصق وغير الملاصق . وأما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم فليس لأصحاب الرياض الأخر التى تسقى من ذلك النهر حق شفعة [٣] . وانما الشفعة فى هذه الحالة للجار الملاصق [٤] .

واذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها ، فليس للخلطاء فى حق شربه شفعة [٥] .

واختلفوا فى معنى الشرب الخاص : فعند أبى حنيفة ومحمد النهر الصغير الذى لا تجرى فيه السفن . أما ان كان كبيرا بحيث تجرى فيه السفن فليس بخاص ، فاذا بيعت أرض من الأراضى التى تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه ، والجار أحق منهم ، بخلاف النهر الصغير [٦] . والمراد بالسفن هنا

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٢) سليم باز على المادة ١٠١٤ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .

(٣) المجلة المادة ١٠٠٨ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٥) وليقس الطريق الخاص على هذا . راجع المادة ١٠١٥ من المجلة .

(٦) الزيلعى ص ٢٤٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

الشماريات التى هى أصغر السفن [١] .

وقيل الشرب الخاص هو ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ، ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الأراضى ، ولا يكون له منفذ . والعام ما يتفرق و يبقى له منفذ[٢] .

وعن أبى يوسف الشرب الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام [٣] . والقراح الأرض البارزة التى لم يختلط بها شىء . والماء القراح الذى لم يختلط به شىء [٤] .

وعامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون . واختلفوا فيما لا يحصى فقدره بعضهم بخمسمائة ، والبعض بمائة ، والبعض بأربعين ، وقدره آخرون بعشرة . والأصح أنه مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر [٥] .

وللشريك فى حق الشرب الشفعة ، ولو كانت أرض النهر لغيره ، أو كان الماء منقطعا وقت البيع . هذا على قول محمد . وعند أبى حنيفة وأبى يوسف

---

(١) الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) وعرف الشرب الخاص فى المجلة فى المادة ٩٥٥ بأنه : « هو حق الشرب فى الماء الجارى المختص بأشخاص معدودين . وأما أخذ الماء من الأنهر التى تنتفع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص » .

وجاء فى المادة ١٢٣٩ من المجلة : الأنهار المملوكة ، يعنى التى دخلت فى المقاسم (أى فى المجارى المملوكة) نوعان : الأول الأنهر التى يوزع ماؤها ويتقسم بين الشركاء ، ولكنه لا يمحى كله فى أراضيهم ، بل تبقى له كل بقية تجري الى مفازة مباحة للعامة . فالأنهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لأحدها نهر عام أيضا ، والشفعة لا تجرى فيها . النوع الثانى النهر الخاص الذى يتفرق ماؤه ، وينقسم الى أراضى عدة أشخاص ، ومتى انتهى الى آخر أراضيهم يمحى ولا ينفذ الى مفازة ، فالشفعة انما تجرى فى هذا النوع فقط .

(٣) الزيلعى ص ٢٤٠ .

(٤) حاشية الشلبى ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٥) مجمع الأنهر جزء ٢ ص ٤٥٤ — ابن عابدين جزء ٥ ص ١٤٤ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

لا شفعة له ، كما فى العلو المنهدم [١] . والراجح قول محمد [٢] .

(٢) الجيران

٣٠ — الجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع . والملاصق من جانب واحد ، ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فهما سواء [٣] .

أما لو كان عقار الجار منفصلا عن العقار المبيع انفصالا تاما ، ولو بقدر شبر أو أقل ، فلا يكون جارا مستحقا للشفعة [٤] . وقيل اذا كان الفاصل صغيرا بحيث لا يصح أن يكون ممرا ثبتت الشفعة للجوار حكما ، والا فلا شفعة . والأول هو المعتمد [٥] . والشفعة للجار الملاصق ، أما الجار المحاذى فلا شفعة له بالمجاورة ، سواء أكان أقرب بابا أم أبعد . فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر [٦] . وسبب عدم ثبوت الشفعة اذا كان الجار مقابلا هو أن حق الأخذ بالشفعة يكون للشفيع ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق ، وهذا فى الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى ، ولا يتحقق ذلك فى الجار المقابل لعدم امكان جعل احدى الدارين من مرافق الدار الأخرى لوجود طريق نافذ بينهما [٧] .

---

(١) راجع نبذة ٣١ .

(٢) راجع شرح سليم رستم باز على المادة ١٠٠٨ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) ابن عابدين ٥ ص ١٤٥ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٠٠ .

(٥) كتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح بك ص ٦٧ .

(٦) المبسوط للسرخسى ص ٩٣ — ٩٤ — ويلاحظ أن الجار المحاذى يكون له حق الشفعة بصفته شريكا اذا كان خليطا فى حقوق الملك .

(٧) ولكن اذا كانت الداران فى سكة غير نافذة فان الشفعة تثبت للجار المقابل بصفته شريكا فى حقوق العقار كما تقدم (راجع المبسوط ص ٩٦) .

٣١ — الجوار فى الدار ذات الطبقات — اذا كان السفل لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منها جارا ملاصقا [١] . هذا اذا كان ممر كل منهما منفصلا عن الآخر . أما اذا كان ممرهما واحدا ، بأن كان طريق العلو فى السفل اعتبر كل منهما شريكا للآخر فى حق المرور [٢] .

وان لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة ، حتى انهدم العلو ، فعلى قول أبى يوسف بطلت الشفعة ، لأن الجوار بالاتصال ، وقد زال ، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار ، وحق القرار باق [٣] .

وان كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض ، و باب كل الى السكة ، فبيع الأوسط تثبت للأعلى والأسفل . وان بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى [٤] .

ولو كان السفل لرجل والعلو لآخر ، فبيعت دار بجنبها فالشفعة لهما [٥] .

٣٢ — من له أخشاب على حائط الجار — من كانت أخشاب سقفه ممتدة على حائط لا ملك له فيه ، أو كان شريكا فى خشبة موضوعة على حائط جاره ، يعتبر جارا ملاصقا ، لا شريكا [٦] ، لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار ، لا فى المنقول ، والخشبة منقولة ، و بوضع الأخشاب على الحائط لا يصير شريكا فى الدار .

وهو يعتبر جارا ملاصقا لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر ، فيستحق

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٠١ — المجلة المادة ١٠١١ .

(٢) راجع نبذة ٢٧ .

(٣) راجع الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

(٤) ابن عابدين ص ١٤٣ — سليم باز على المادة ١٠١١ من المجلة .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

(٦) مرشد الحيران للمادة ١٠١ — المجلة للمادة ١٠١٢ — الزيلعى ص ٢٤١ .

الشفعة على أنه جار ملاصق ، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران [١] .

٣٣ — الشريك فى بناء حائط — تقدم أن الشريك فى حائط الدار هو فى حكم المشارك فى نفس الدار [٢] ، وذلك ان كان البناء والمحل الذى عليه البناء مشتركا ، فيقدم الشريك فى الحائط على الخليط ، وعلى الجار .

والشريك فى بناء الحائط دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا ، لا شريكا [٣] .

وفى الدر المنتقى الشريك فى البناء فقط لا شفعة له ، لأن الشركة فى البناء المجرد بدون الأرض لا تستحق بها الشفعة [٤] .

٣٤ — جار الدار ذات المقاصير — اذا كان لرجل دار فيها مقاصير ، باع منها مقصورة معينة أو طائفة معلومة أو بيتا ، فلجار الدار الشفعة فيها من أية ناحية كان الجوار ، وان لم يكن جارا لتلك المقصورة ولا لتلك الطائفة ، لأن المبيع من جملة الدار والشفيع جار الدار فكان جارا للمبيع . ولو أن الشفيع سلم الشفعة ، ثم أن المشترى باع المقصورة المبيعة لم تكن الشفعة الا لجار المقصورة المبيعة ، لأن المبيع صار مقصودا ومفردا بالملك ، فخرج من أن يكون بعض الدار ، واذن ليس لجار الدار شفعة فى المقصورة اذا لم يكن هو جارا لها [٥] .

٣٥ — جوار الشرب أو الطريق :

ا — اذا كان نهر لرجل خالصا ، له عليه أرض ، ولآخرين عليه أرض ولا شرب لهم فيه ، فباع رب الأرض النهر خاصة ، فهم شركاء فى الشفعة فيه

(١) الزيلعى ص ٢٤١ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٢ — راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .

(٣) الزيلعى ص ٢٤١ .

(٤) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة .

(٥) سليم باز على المادة ١٠١٢ من المجلة — الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

لاتصال ملكهم بالمبيع ، وان باع الأرض خاصة دون النهر ، فالملازق للأرض أولاهم بالشفعة ، وان باع الأرض والنهر جميعا كانوا جميعا شفعاء فى النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر ، وكان الذى هو ملاصق الأرض أولاهم بالشفعة فى الأرض لاتصال ملكه بالأرض ، بمنزلة طريق فى دار لرجل ، فباع الطريق ، والطريق خالص له ، فجار الطريق أولى به من جار الأرض ، ولو كان شريكا فى الطريق أخذ شفعته من الدار ، لأن الشريك مقدم على الجار . وكذلك ان كان شريكا فى النهر أخذ بحصته من الأرض ، وكان أحق بها جميعا من جيران الأرض . والطريق والنهر سواء فى كل شىء [1] .

ب — اذا اشترى الرجل نهرا بأصله ، ولرجل أرض فى أعلاه الى جنبه ، ولرجل آخر أرض فى أسفله الى جنبه ، فلهما جميعا الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله ، وكذا فى القناة والعين والبئر ، فهى من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار . وكذلك القناة يكون مفتحها فى أرض ويظهر ماؤها فى أرض أخرى فجيرانها من مفتحها الى مصبها شركاء فى الشفعة [2] .

٣٦ — تزاحم الجار مع الشريك — الشريك مقدم عن الجار فى الشفعة كما سيأتى [3] .

تزاحم الشفعاء

٣٧ — القاعدة — بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية اذا اجتمعت أسباب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك فى نفس العقار ، ثم الشريك فى أرض الحائط المشترك ، ثم الخليط أى الشريك فى حقوق المبيع

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) راجع نبذة ٤٨ وما بعدها .

الخاصة ، ثم الجار الملاصق (١) ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع » ، والمراد بالشريك هو الشخص الذى له شركة فى نفس المبيع ، و بالخليط الشريك فى حقوق المبيع الخاصة ، و بالشفيع الجار الملاصق (٢) .

وما دام الأول حسب الترتيب المتقدم طالبا فليس للآخرين حق شفعة ، وما دام الثانى طالبا فليس للذى بعده حق شفعة ، وهكذا (٣) .

واذا سلم الشفعة أو سقط حقه فيها تنتقل الشفعة الى من يليه فى الرتبة (٤) .

واذا اجتمع خليطان يقدم الأخص ثم الأعم (٥) .

وقد قدم الشريك فى الملك لأن سبب الاستحقاق القرب والاتصال ، وذلك فى حقه أقوى لوجود الاتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، ثم بعده الشريك فى حقوق الملك لزيادة الاتصال فى حقه على الجار ، وقوة السبب توجب الترجيح (٦) .

٣٨ — **رأى لأبى يوسف** — قد روى عن أبى يوسف أنه مع وجود الشريك لا شفعة لأحد ، سواء سلم أو استوفى ، لأنهم محجوبون ، لحق الشريك ، وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم . ولكن فى ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرير السبب فى حقه ، الا أن حق الشريك كان مقدما ، فاذا سلم كان للجار أن يستوفى (٧) .

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٠٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١٧ ص ٣٤ .

(٣) المجلة المادة ١٠٠٩ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٠٣ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — راجع ما سيجىء نبذة ٤٩ .

(٦) المبسوط للسرخسى ص ٩٦ .

(٧) المبسوط ص ٩٦ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

٣٩ – تطبيقات :

ا — دار بين شريكين فى سكة غير نافذة ، طريقها من هذه السكة ، باع أحد الشريكين نصيبه من الدار ، فالشفعة أولا للشريك فى الدار ، فان سلم فللشريك فى الحائط المشترك الذى يكون بين الدارين ، فان سلم فلأهل السكة ، الكل فى ذلك على السواء ، فان سلموا فللجار الذى يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب تلك الدار فى سكة أخرى (١) .

ب — بيت فى دار فى سكة غير نافذة ، والبيت لاثنين ، والدار لقوم ، باع أحد الشريكين نصيبه من البيت ، فالشفعة أولا للشريك فى البيت ، فاذا سلم فلشريك الدار (٢) ، فان سلم فلأهل السكة ، الكل فى ذلك على السواء ، فان سلموا فللجار الملاصق (٣) .

جـ — دار بين قوم ، فيها منازل ، لهم فيها شركة بين بعضهم ، وفيها ما هى مفردة لبعضهم ، وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها ، وباب الدار التى فيها المنازل فى زقاق غير نافذ ، فباع بعض الشركاء فى المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبى بحقوقه من الطرق فى الساحة وغيرها . فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الساحة ، ومن الشريك فى الزقاق الذى فيه باب الدار . فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فان الشريك فى الساحة أحق بالشفعة . وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى الزقاق الذى لا منفذ له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق . وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء فى الشفعة ، من كان فى أدناه وأقصاه فى ذلك سواء . فان سلم الشركاء فى الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٢) فى شرح أدب القاضى للخصاف فى باب الشفعة : فان كان لهذه الدار التى هذا البيت هو فيها جيران ملازقون فالذى هو ملازق هذا البيت المبيع والذى هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت فى الشفعة على السواء (الفتاوى الهندية ص ١٦٦) .

(٣) المبسوط ص ٩٦ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

له فى الزقاق بعد هؤلاء أحق ، وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له فى الزقاق [(١)] .

٤٠ — فى الدار ذات الطبقات :

ا — سفل بين رجلين ، ولأحدهما عليه علو منزل بينه و بين آخر ، فباع الذى له نصيب فى السفل والعلو نصيبه ، فلشريكه فى السفل الشفعة فى السفل ، ولشريكه فى العلو الشفعة فى العلو . ولا شفعة لشريكه فى السفل فى العلو ، ولا لشريكه فى العلو فى السفل ، لأن شريكه فى السفل جار للعلو ، وشريك فى حقوق العلو ان كان طريق العلو فيه ، وشريكه فى العلو جار للسفل أو شريك فى الحقوق اذا كان طريق العلو فى تلك الدار ، فكان الشريك فى عين البقعة أولى [(٢)] .

ب — لو كان لرجل علو على داره ، وطريقه فيها ، و بقية الدار لآخر ، فباع صاحب العلو العلو بطريقه ، فنى الاستحسان تجب الشفعة لصاحب السفل [(٣)] .

جـ — ولو كان طريق هذا العلو فى دار رجل آخر ، فبيع العلو ، فصاحب الدار التى فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التى عليها العلو ، فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق ، أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار . وان كان للعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأنهما جاران . وان لم يكن جار العلو ملازقا ، و بين العلو و بين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له .

ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا . ولو بيعت الدار التى فيها طريق العلو فصاحب العلو أحق بشفعة الدار من الجار [(٤)] .

---

(١) وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد (من مختصر الشيخ أبى الحسن الكرخى : فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠) .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — الزيلعى ص ٢٤١ — حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

د — اذا اشترى بيتا من دار ، علوه لآخر ، وطريق البيت الذى اشترى فى دار أخرى ، فانما الشفعة للذى فى داره الطريق ، فان سلم صاحب الدار فحينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار[1] .

٤١ — فى الحائط — الشريك فى الملك مقدم على الشريك فى الحائط ، والشريك فى الحائط مقدم على الخليط وعلى الجار كما تقدم :

ا — دار بين رجلين ، لأحدهما حائط فى الدار بينه وبين رجل ، يعنى بأرضه ، فباع الذى له شرك فى الحائط نصيبه من الدار والحائط ، فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك فى الحائط فى الدار ، وله الشفعة فى الحائط وأرضه[2] .

ب — بنى الشريكان فى المشترك ، ثم اقتسما الأرض غير موضع البناء ، فبقى البناء وموضعه على الشركة ، الشريك أولى من الجار ، لأنه شريك فى بعض المبيع : أما فى موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه ، وأما فى الباقى فكذلك عند أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف ، لأن الضرر أخص به حيث كان شريكا فى البعض ، فيقدم على الجار ، وفى رواية أخرى عنه هو والجار سواء فى غير موضع الجدار ، لأن استحقاق الشفعة فى غير موضع الجدار بالجوار ، وغيره من الجيران يساوونه فيه . وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا فى منزل من الدار أو بيت منها ، فبيعت الدار ، كان هو أحق بالمنزل لما ذكر ، واستووا فى البقية فى رواية ، لأن كلهم جيران فى حق البقية[3] . وأصح الروايات عن أبى يوسف أن الشريك فى الحائط أو فى البناء أولى ببقية الدار من الجار .

٤٢ — فى البئر — لو كانت دار بين رجلين ، ولأحدهما فيها

---

(١) كذا فى المبسوط فى باب الشفعة بالعروض — الفتاوى الهندية ص ١٦٩ .

(٢) من مختصر أبى الحسن الكرخى منقولة فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

(٣) الزيلعى ص ٢٤١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

بئر مشتركة بينه و بين آخر غير شريكه فى الدار ، فباعها ، كان الشريك فى الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها ، والآخر جار ، والشريك فى البئر أولى بالبئر لأنه شريك فيها والآخر جار [١] .

٤٣ — تزاحم الشريك فى الملك والشريك فى الطريق :

دار بين رجلين ، ولرجل فيها طريق ، فباع أحدهما نصيبه من الدار ، فشريكه فى الدار أحق بالشفعة فى ذلك ، ولا شفعة لصاحب الطريق [٢] .

٤٤ — تزاحم الشريك فى الملك والجار :

دار لرجل فيها بيت بينه و بين غيره ، فباع الرجل الدار ، فطلب الجار الشفعة ، وطلبها الشريك فى البيت ، فصاحب الشركة فى البيت أولى بالبيت ، و بقية الدار بينهما نصفان [٣]

٤٥ — تزاحم الشريك فى الطريق والجار :

(ا) دار فيها ثلاثة بيوت ، بيت فى أول الدار ، ثم البيت الثانى بجنب هذا البيت ، ثم البيت الثالث بجنب الثانى ، كل بيت لرجل واحد ، فباع واحد منهم بيته . ان كان طريق البيوت فى الدار كانت الشفعة للباقين بحكم الشركة فى الطريق . وان كانت أبواب البيوت فى سكة نافذة ، لا فى الدار ، فان بيع البيت الأوسط فالشفعة لصاحب الأعلى والأسفل ، وان بيع البيت الأعلى كانت الشفعة لصاحب الأوسط ، وان بيع الأسفل كانت الشفعة لصاحب الأوسط أيضا [٤] .

(ب) ثلاثة بيوت فى دار ، كل واحد فوق الآخر ، وكل واحد لانسان ،

---

(١) الزيلعى ص ٢٤١ — حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

(٢) مختصر الشيخ أبى الحسن الكرخى عن أبى يوسف منقولة فى حاشية الشلبى ص ٢٤٠ .

(٣) هكذا فى البدائع ص ١٠ — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ .

فباع واحد منهم بيته ، فان كان طريق الكل فى الدار فللباقين أن يشتركا فى الشفعة . وان كانت أبواب البيوت فى السكة ، فان باع الأوسط فللأعلى والأسفل أن يأخذا الشفعة ، وان باع الأعلى فالأوسط أولى . وان باع الأسفل فالأوسط أيضا أولى (١) .

(ج) دار فيها ثلاثة أبيات ، ولها ساحة ، والساحة بين ثلاثة نفر ، والبيوت بين اثنين منهم ، فباع أحد مالكى البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه فى البيوت والساحة ، فلا شفعة لشريكهما فى الساحة (٢) .

(د) درب غير نافذ فيه دور لقوم ، باع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا فى السكة العظمى ، ولم يبع طريقه فى الدرب ، على أن يفتح مشترى البيت بابا الى الطريق الأعظم ، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم فى الطريق وقت البيع ، فان سلموها ثم باع المشترى البيت بعد ذلك ، فلا شفعة لأهل الدرب لانعدام شركتهم فى الطريق وقت البيع الثانى ، فتكون الشفعة للجار الملازق ، وهو صاحب الدار . وكذلك اذا باع قطعة من الدار بغير طريق فى الدرب (٣) .

(هـ) فناء منفرج عن الطريق الأعظم ، أو زقاق أو درب غير نافذ فيه دور ، فبيعت دار منها ، فأصحاب الدور شفعاء جميعا ، لأنهم شركاء فى الفناء والطريق ، فان سلم هؤلاء الشفعة فالشفعة للجار الملاصق (٤) .

---

(١) هكذا فى خزانة المفتين — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٢) كذا فى الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٣) كذا فى الذخيرة — الفتاوى الهندية ص ١٦٨ .

(٤) المبسوط ص ٩٦ — ٩٧ .

والدار ما أدير عليه الحائط ، والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معدا لوقوف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك ، فان كان ذلك فى سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم ، وفى هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء (المبسوط ص ٩٧) .

٤٦ — التزاحم بين صاحب الشرب الخاص والجار :

(ا) نهر كبير كدجلة ، يجرى لقوم منه نهر صغير ، فصار تشرب أراضيهم من هذا النهر الصغير ، فباع رجل من أهل هذا النهر الصغير أرضه بشربها ، كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير أن يأخذوا تلك الأرض بالشفعة ، أقصاهم وأدناهم فيها سواء ، فان كانت مع الأرض التى بيعت قطعة أخرى لزيقة بهذه الأرض المبيعة ، وشرب هذه القطعة من النهر الكبير ، فلا شفعة لصاحب القطعة مع الذين شربهم من النهر الصغير (١) .

(ب) فى المنتقى عن محمد : نهر بين قوم ، ولهم عليه أرضون و بساتين شربها من ذلك النهر ، وهم شركاء فيه ، فلهم الشفعة فيما بيع من هذه الأراضى والبساتين. فان اتخذوا من تلك الأرضين والبساتين دورا ، واستغنوا عن ذلك الماء ، فانه لا شفعة بينهم الا بالجوار بمنزلة دور الأمصار . وان بقى من هذه الأرضين ما يزرع وبقى من هذه البساتين ما يحتاج الى السقى فهم شركاء فى الشرب على حالهم وشركاء فى الشفعة (٢) .

٤٧ — المشترى أحد الشفعاء — لو كان المشترى أحد الشفعاء ، وطلب معهم ، فيحسب واحدا منهم ، ويقسم المبيع بينهم (٣) .

٤٨ — القسمة بين الشفعاء عند تعددهم اذا تساووا — استحقاق الشفعة للشفعاء يكون بقدر رؤوسهم ، لا بقدر أملاكهم ، فاذا باع أحد الشركاء مثلا حصته ، وكان المشترى أحد الشركاء ، يحسب واحدا منهم فى الشفعة ،

---

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧٠ .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٧١ .

(٣) رد المحتار — سليم باز على المادة ١٠١٣ .

ولو أن رجلا اشترى دارا فى سكة غير نافذة ، ثم اشترى دارا أخرى فى تلك السكة ، كان لأهل السكة أن يأخذوا الأولى بالشفعة ، لأن المشترى لم يكن شفيعا وقت الشراء الأول ، ثم صار هو شفيعا مع أهل السكة فى الدار الثانية (كذا فى الظهيرية—الفتاوى الهندية ص ١٧٠).

وتقسم الحصة المبيعة بينهم ، لا فرق بين صاحب الجزء الكثير والجزء القليل [(١)] .

مثلا لو كانت دار بين ثلاثة نفر ، لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، وباع صاحب النصف حصته لآخر ، وطالب الآخران بالشفعة ، يقسم النصف بينهما بالمناصفة ، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر [(٢)] .

هذا عند الامام الأعظم .

أما عند الشافعي ومالك فيقضي بقدر الأملاك أو الأنصباء ، لا بقدر الرؤوس .

فلو كانت الدار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه ، كانت الشفعة بين الباقين نصفين ، عند الامام الأعظم على عدد الرؤوس ، وعند الشافعي ومالك أثلاثا ، ثلثاه لصاحب الثلث ، وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة [(٣)] .

وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة ، قضى بينهما أخماسا عند الشافعي . وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما . وعند أبي حنيفة يقضى به نصفين [(٤)] .

وحجة الشافعي ومالك في ذلك أن الشفعة من مرافق الملك ، فتكون على قدر الملك .

أما الامام أبو حنيفة فيقول ان علة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره ، والترجيح لقوة العلة لا للكثرة [(٥)] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة على

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٠٤ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٣ .

(٣) البدائع ٥ ص ٥ .

(٤) المبسوط ٩٧ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ ص ٤٥٥ — الزيلعي ٥ ص ٢٤١ .

رءوس الرجال » . و بيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة ، وقد استويا فى أصل ذلك ، فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير ، أو جار لاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير [١] . ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل ، والاستواء فى العلة يوجب الاستواء فى الحكم ، ولا ترجيح بكثرة العلل ، بل بقوة فيها ، ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء [٢] .

٤٩ — **تقديم الأخص على الأعم** — اذا اجتمع صنفان من الخلطاء يقدم الأخص على الأعم [٣] .

مثلا لو بيعت احدى الرياض التى لها شرب فى الخرق الذى أحدث من النهر الصغير مع شربها ، يقدم و يرجح الذين لهم حق الشرب فى ذلك الخرق . وأما لو بيعت احدى الرياض التى لها حق شرب فى ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تعم من له حق شرب فى النهر ومن له حق شرب فى خرقه ، لاستوائهم فى الشرب [٤] .

ولو انشعبت من سكة غير نافذة سكة أخرى غير نافذة ، فبيعت دار فى هذه السكة الأخيرة ، فالشفعة لأهل هذه السكة المتشعبة خاصة ، لأن خلطة أهل هذه السكة أخص من خلطة أهل السكة العليا المتشعب منها ، وان بيعت دار فى السكة العليا فالشفعة تعم من له حق المرور فى السكة العليا المتشعب منها والسكة السفلى المتشعبة ، لأن خلطتهم فى السكة العليا سواء [٥] .

٥٠ — **تقديم حق الشرب على حق الطريق** — حق الشرب مقدم على حق الطريق . بناء عليه لو بيعت روضة لها خليط فى حق الشرب الخاص ،

---

(١) المبسوط ص ٩٧ .

(٢) الزيلعى ص ٢٤١ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — المجلة المادة ١٠١٤ .

(٤) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ .

(٥) الفتاوى الهندية ص ١٦٦ — الزيلعى ص ٢٤٠ .

وخليط فى طريقها الخاص ، يقدم و يرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق [١] .

٥١ — حق المسيل وتقديم حق الطريق عليه — اذا كان لرجل مسيل ماء فى دار ، و بيعت الدار ، كان لصاحب المسـيل الشفعة بالجوار ، لا بالشركة . وليس المسيل كالشرب [٢] .

وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء اذا لم يكن موضع المسيل ملكا له . وصورة هذا اذا بيعت دار ، ولرجل فيها طريق ، وللآخر فيها مسيل الماء ، فصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء [٣] .

٢ — نصوص المجموعة المدنية

٥٢ — الشفعاء ثلاثة أنواع — على حسب نصوص المجموعة المدنية كان الشفعاء ثلاثة أنواع :

(ا) معير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء .

(ب) الشريك فى العقار غير المقسوم .

(ج) الجـار .

والأول مقدم على الثانى ، والثانى مقدم على الثالث .

٥٣ — (ا) معير الأرض — كانت المادة ٩٣/٦٨ تقرر أن : « لمن أعار أرضه انسانا ، وأذن له بالبناء أو الغرس فيها ، حق الشفعة فيها اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ، ولو قبل انقضاء مدة العارية » .

مثال ذلك : يملك أحمـد قطعة أرض ، فأعارها حسنا ، وأذن له بان يبنى

---

(١) المجلة المادة ١٠١٦ .

(٢) كذا فى التترخانية الفتاوى الهندية ١٧٠ .

(٣) الفتاوى الهندية ص ١٦٧ — سليم باز على المادة ١٠١٦ من المجلة .

عليها ، فأنشأ حسن بناء ، ثم باعه عليا ، فكان لأحمد ، بمقتضى المادة ٩٣/٦٨ ، الحق فى الأخذ بالشفعة .

ومما يلفت النظر أن حكم المادة ٩٣/٦٨ المذكورة غير منصوص عليه عند علماء الحنفية ، وانما يقرره علماء المالكية . ولذلك تساءل بعض الشراح عن سبب وجود هذا الحكم فى القانون المصرى ، حالة كون المذهب الحنفى هو المعمول به فى مصر ، وفسروا ذلك بأن المادة ٦٨ أهلى مأخوذة من المادة ٩٣ مختلط ، ولا بد أن يكون الشارع المختلط استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التى تتكلم فى المذهب المالكى ، وهو المعمول به فى الجزائر[1] .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم هذه المادة كما سيجىء .

٥٤ — (ب) **الشريك فى العقار غير المقسوم** — كانت المادة ٩٤/٦٩ تقضى بأن « للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه فى ذلك مقدم على غيره ، ما عدا الشفيع المبين فى المادة السابقة » (أى فى المادة ٩٣/٦٨ المتقدم ذكرها) .

وزادت المادة ٩٥ مدنى مختلط أن « له (أى الشريك فى عقار غير مقسوم) الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه اذا طلبوا ذلك » .

٥٥ — (ج) **الجار** — كانت المادة ٩٩/٧٣ تنص على أن « للجار ، بعد الشفيعين السابقين ، حق الشفعة اذا دفع الثمن والمصاريف القانونية » .

---

(١) راجع هالتون جزء أول ص ١٦٩ .

وقد جاء فى شرحى الحطاب والمواق (ص ٣١٨ — ٣١٩) أنه اذا بنى رجلان فى عرصة رجل باذنه ، ثم باع أحدهما حصته من النقض (أى مقلوعا) ، فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته (أى مقلوعا) أو من الثمن الذى باعه به ، فان أبى فلشريكه الشفعة بالضرر .

وهذا فى العارية ، المطلقة ، وأما المقيدة بمدة فقال ابن رشد اذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض ، وان باعه على النقض قدم رب الأرض .

وقد عرفت محكمة الاسكندرية فى حكمها الاستئنافى الصادر فى ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٧[1] ، الجار الذى أعطته المادة ٧٣ حق الشفعة ، بأنه هو الذى لا ينفصل عقاره عن العقار المشفوع فيه ملك لأجنبى أو طريق أو مجرى مياه عموميان[2] .

٣ — قانون الشفعة

٥٦ — تقدم أن الشفعة فى الشريعة عند الامام أبى حنيفة للشريك فى نفس العقار المبيع ، ثم للشريك فى أرض الحائط المشترك ، ثم للخليط فى حقوق العقار المبيع ، ثم للجار الملاصق .

وتقدم أيضا أن الشفعة بمقتضى النصوص الملغاة ، الخاصة بحق الشفعة ، فى المجموعة المدنية : لمعير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء ، ثم للشريك فى العقار غير المقسوم ، ثم للجار .

ولم يأت قانون الشفعة الجديد بحكم الشريعة الخاص بالشركة فى الحائط ، ولا بحكمها الخاص بالشركة فى حقوق المبيع ، وهى كما تقدم عبارة عن الاشتراك فى حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب .

كذلك لم يأت قانون الشفعة بما قررته المجموعة المدنية من تخويل حق الشفعة لمعير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء .

انما أعطى القانون الجديد حق الشفعة فى المادة الأولى منه للشريك فى الملك المشاع وللجار المالك ، وشبه فى المادة ٢ صاحب حق الانتفاع بالشريك فى

---

(١) القضا ٤ ص ٣٥٧ .

(٢) وقررت المحكمة المذكورة أنه ينتج من ذلك أنه اذا بيعت دار فى طريق خاص ، فجميع أهل هذا الطريق ممن لهم مرور على الدار أو جزء منها يعدون شفعاء فيها ، يستوى فى ذلك الملاصق والمقابل ، لأن للجميع فى الحقيقة ملكا ملاصقا لها ، وهو الطريق المتصل بدورهم — راجع نصر الله ص ٥٥ وما بعدها و٧٣ وما بعدها .

وهذا الحكم محل نظر ، لأن المحكمة طبقت فيه أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالشركة فى حقوق العقار .

الملك المشاع ، وقال ان له طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة .

وفى المادة ٧ التى تكلمت فى أحوال التزاحم ذكر أيضا مالك الرقبة بين الشفعاء .

٥٧ — **أنواع الشفعاء** — فالشفعاء اذن بمقتضى قانون الشفعة أربعة أنواع ، وهم :

(ا) مالك الرقبة .

(ب) الشريك الذى له حصة مشاعة .

(ج) صاحب حق الانتفاع .

(د) الجار المالك .

وقد ذكروا فى المادة الأولى والثانية والسابعة من قانون الشفعة .

وذكرت فى المادة ٧ مرتبة كل واحد من هؤلاء الشفعاء .

وسنتكلم فى حكم كل منهم على حدة ، ونتبع ذلك بالتكلم فى حالة اجتماعهم وتزاحمهم على الأخذ بالشفعة .

١ — مالك الرقبة

Nu-Propriétaire

٥٨ — ذكر مالك الرقبة فى الفقرة الثانية من المادة ٢ التى جاء فيها :

« وله (أى لصاحب حق الانتفاع) طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

"Il (celui qui a un droit d'usufruit) peut exercer le droit de préemption, si le propriétaire ne l'exerce pas lui même".

وهو مذكور أيضا فى المادة ٧ التى جاء فيها أنه فى حالة تعدد الشفعاء يكون مالك الرقبة هو المقدم على من سواه .

فمالك الرقبة هو الذى يكون له حق الأخذ بالشفعة ، مقدما على من عداه .

وقد أعطى القانون حق الشفعة لمالك الرقبة ، مع أن حق الشفعة ، بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية ، لا يوجد الا فى حالة بيع عقار مادى .

ولا يمكن أن يتصور أن لمالك الرقبة الحق فى أن يشفع فى عقار مادى الا فى الحالتين الآتيتين :

١ — فى حالة ما يكون شريكا على الشيوع فى ملك الرقبة ، ولكنه فى هذه الحالة يكون له حق الشفعة باعتباره شريكا فى الملك .

٢ — فى حالة بيع أرض مجاورة للأرض التى له فيها ملك الرقبة ، ولكنه فى هذه الحالة يشفع باعتباره جارا .

والظاهر أنه ، خلافا لأحكام الشريعة الاسلامية ، ليس الأمر هنا متعلقا ببيع عقار مادى ، وانما ببيع حق عينى ، وهو حق الانتفاع[١] .

٥٩ — **لا شفعة الا لمالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع** — يلاحظ أن مالك الرقبة لا يكون له الحق فى الشفعة الا فى حالة بيع حق المنفعة من صاحبه . ولكن القاعدة العامة فى الشفعة ، كما تقدم ، هى أنها لا تكون الا فى العقارات المادية ، فلا تكون فى العقارات المعنوية ، أى فى حالة بيع الحقوق المقررة على العقارات ، وعلى ذلك يكون تخويل مالك الرقبة حق الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع استثناء من القاعدة العامة . وقد جاء القانون بهذا الاستثناء ليتمكن مالك الرقبة من التخلص من حق المنفعة الذى يكون للغير على عقاره ، كى يعود اليه الملك تاما[٢] . وبما أن هذا استثناء من القاعدة العامة فيجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق ، فى حالة بيع حق المنفعة ، الا لمالك الرقبة دون غيره ، فلا يعطى مثلا للشركاء فى حق الانتفاع[٣] .

---

(١) قارن هالتون ص ١٦٨ و ١٧٠ .

(٢) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٤ — دى هلتس نبذة ٤٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ٤٣ — استئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) — فتحى زغلول باشا ص ٨٤ — ويقول فتحى باشا قد يكون هذا المنع ضارا ضررا كبيرا بالشركاء فى حق الانتفاع الا أن لهم مندوحة عنه باستعمال حق الاسترداد المقرر فى المادة ٤٦٢ من القانون — راجع ما سيجىء نبذة ٧٤ .
عكس ذلك : فورجير ص ٣٠٧ — عبد السلام ذهنى بك الأموال نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ .

٦٠ — *تعدد مالكى الرقبة* — واذا تعدد مالكو الرقبة يكون استحقاق كل منهم للشفعة بقدر نصيبه (المادة ٧) .

ب — الشريك الذى له حصة مشاعة

Copropriétaire Indivis

٦١ — **الشريك** — يلى مالك الرقبة فى الرتبة الشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . وقد ذكر فى المادة الأولى والمادة السابعة من قانون الشفعة .

وتأتى الشركة اما من طريق الارث أو من طريق الاتفاق .

ويكون لكل من الشركاء الحق فى أخذ الحصة — الشائعة المبيعة — بالشفعة ، سواء أكان البيع لشريك أم لأجنبى [1] .

٦٢ — *بيع حصة مفروزة* — اذا باع أحد الشركاء ، قبل حصول القسمة ، حصة مفروزة فى الملك المشترك ، فان صحة البيع تكون معلقة على نتيجة القسمة . وبما أن للقسمة أثرا رجعيا فانه يمكن استعمال حق الشفعة ممن يملكه ، وانما يكون نفاذها معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة ، لمعرفة ما اذا كان الجزء المبيع يأتى فى نصيب البائع أم لا .

وقد أخذت بذلك بعض المحاكم ، خصوصا الأهلية :

فقد قررت محكمة المنصورة الجزئية [2] أن البيع على التحديد ممن يملكون على الشيوع غير باطل أصلا ، ولكنه قابل للبطلان ، فلا تمتنع الشفعة فيه ، لأن البيوع الفاسدة ، أى القابلة للبطلان ، والبيوع الموقوفة على شرط ، تعتبر

---

(١) دى هلتس نبذة ٤٦ و ٥٠ — استئناف أهلى ٢٩ مايو ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٥٢٥ — استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٥٧) ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٢) ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٥ .

جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية ، ولذلك تجـوز فيها الشفعة وفقا للقانون ، خلافا لما ورد فى الشريعة الغراء التى نصت على عدم جواز الشفعة فى البيوع الفاسدة ، ولـكن المشرع المصرى لم ينقل هذا النص ، مما يدل على أنه لم يرد ادخاله فى قانون الشفعة . والبيع على التحديد لا يمنع باقى الشركاء من استعمال جميع الحقوق المخولة لهم قانونا ، كحق الشفعـة ، ولو جاز غـير ذلك لاستطاع كل شريك ، بطريق الغش والتدليس ، أن يبيع غيره حصته مفروزة ، ويحرم باقى الشركاء من حق الشفعة أو الاسترداد ، وهذا ما لا يجوز عقـلا ولا قانونا .

وقررت محكمة سمالوط الجزئية [1] أن للشريك على الشـيوع حق الشفعة ولو وقع البيع على التحديد . فالشفعة جائزة ما دام الشيوع قائما ، ويكون نفاذها معلقا ، كالبيع نفسه ، على نتيجة القسمة .

وقضت محكمة المنصورة الجزئيه [2] بأن الشريك الذى يطلب الشفعـة فى حصة شائعة بيعت على التحديد ليس ملزما بأن يذكر فى انذار الشفعة الحـدود الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصليـة للعين المشتركة ، لأنه اذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كاقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه فى الشفعة .

ولـكن المحـاكم المختلطة حكمت على عكس الرأى المتقـدم ، اذ قررت أنه ليس للشريك فى الملك حق الشفعـة فى حالة بيع شريك آخر جزءا معينـا une part déterminée من العقار المشترك ، لأن البيع فى هـذه الحـالة يكون باطلا nulle ، و بطلانه يضع الأشياء فى الحالة السابقة التى كانت عليها [3] .

---

(١) ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضى اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٤ .

(٢) حكم ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المتقدم .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ ص ٤٥) ٢٠ يونيه ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٧) .

ومنشأ الخلاف بين الأحكام هو انقسام الآراء فيما اذا تصرف أحد المشتاعين فى نصيبه معينا . فرأى يقول ان التعيين باطل ، والتصرف صحيح على الشيوع الا اذا أجازه باقى الشركاء ، أو وقع الجزء الذى عين فى نصيبه بمقتضى القسمة . ورأى يقرر أن بيع أحد الشركاء فى الملك الشائع جزءا معينا باطل (١) .

أما اذا تصرف الشريك فى الملك ببيع كل العقار الشائع فان البيع يكون باطلا ، ولا مجال لتطبيق قواعد الشفعة (٢) .

٦٣ — يجب أن تكون الشركة فى ذات العقار — والشريك الذى له حق الشفعة هو الشريك على الشيوع فى ذات العقار المشفوع فيه (٣) .

٦٤ — الشريك فى الحائط الفاصل بين ملكين — فالجار الذى له حصة شائعة فى جدار فاصل بين ملكه والملك المشفوع فيه لا يمكن اعتباره شريكا على الشيوع ، لأن ملكيته ليست منصبة على ذات العقار المشفوع ، وانما منحصرة فى جدار فاصل بين الملكين . وفى هذه الحالة لا يمكن أن يبنى طلب الشفعة الا على الجوار منضما الى حقوق الارتفاق المقررة بالمادة الأولى من قانون الشفعة ان وجدت وتوافرت شروط الأخذ بالشفعة ، وسنتكلم فيه فيما بعد (٤) .

وقد رأينا فيما تقدم أنه بمقتضى أحكام الشريعة الغراء يعتبر الشريك فى حائط الدار فى حكم المشارك فى نفس الدار (٥)

---

(١) راجع كتابنا «الملكية والحقوق العينية» الجزء الأول نبذة ٣٠٩ ص ٣٠٣ — ١٧٥ .

(٢) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣٠٨ — دى هلتس نبذة ٤٧ — استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩٠٤ (١٧ ص ٤٥) .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) المحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص ٧٠٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٣ .

(٤) راجع نبذة ٨٩ .

(٥) راجع ما تقدم نبذة ٢٥ .

٦٥ — **الشريك فى آلة الرى** — حكم بأنه فى حالة البيع الواقع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التى عليها ليس للشريك فى ملكية الآلة وحدها الشفعة فى الأراضى المبيعة اذا لم يكن شريكا فيها [1] .

٦٦ — **لا تكفى الشركة فى الحيازة العرضية** — حق الشفعة لا يكون الا للشريك فى الملك ، فليس للمشتاع الذى يحوز جزءا غير مفروز من العقار بصفة عرضية à titre précaire [2] .

٦٧ — **الشفعة للشريك وان لم ترد فى قانون احوال الشخصية** — لكل شريك فى الملك حق الشفعة مهما كان قانون أحواله الشخصية ، فلا يحتج على الوارث ، الشريك فى الملك مع البائع ، بأن حق الاسترداد الوراثى le retrait successoral غير مقرر بمقتضي قانون أحواله الشخصية [3] .

٦٨ — **لا شفعة بعد القسمة** — لا يجـــوز للشريك استعمال حق الشفعة [4] اذا كان قد صدر حكم بالقسمة وحاز قوة الشىء المحكوم فيه [5] .

٦٩ — **تعدد الشركاء** — اذا تعدد الشركاء يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه (المادة ٧) .

٧٠ — **حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة** — للشركاء طريق آخر

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٥٧) .

(٢) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٥) — راجع نبذة ١٠٩ — راجع كذلك ما سيجىء بخصوص الحكر (نبذة ٨٣) .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٤) حتى لو كان لا يجوز له أيضا استعمال حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة retrait d'indivision الذى تقرره المـادة ٤٦٢ /٥٦١ مدنى — استئناف مختلط ٢٧ مايو ١٩١٩ (٣١ ص ٣١٤) .

(٥) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٩ (٣١ ص ٣١٤) .

للاستيلاء على الحصة الشائعة ، وهو استعمال حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ / ٥٦١ التى نصها : « يجوز للشركاء فى الملك les copropriétaires ، قبل قسمته بينهم ، أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

وهناك فروق بين حق الشفعة وحق الاسترداد المذكور فى المادة ٤٦٢/٥٦١ ، وأهم هذه الفروق هى :

(١) أن حق الشفعة يكون اذا حصل البيع لشريك آخر أو لأجنبى ، أما حق الاسترداد فلا يكون الا اذا كان البيع لأجنبى .

(٢) الشفعة لا تكون الا فى العقار ، أما حق الاسترداد فيكون أيضا فى المنقول .

(٣) الشفعة خاضعة لاجراآت وشروط خاصة نص عليها فى قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع تلك الشروط والاجراآت فى المواعيد المنصوص عليها ، بخلاف حق الاسترداد [1] .

وعلى ذلك اذا حصل البيع لأجنبى كان لكل من الشركاء الحق فى الأخذ بالشفعة فى المواعيد المقررة فى قانون الشفعة ، أو فى استرداد الحصة المبيعة بمقتضى المادة ٤٦٢/٥٦١ فى أى وقت حتى تحصل القسمة . واذا سقط حق الشريك فى الشفعة ، لعدم تقديم طلبه فى الميعاد القانونى مثلا ، فانه يبقى له حق الاسترداد حتى تحصل القسمة ، وأما اذا حصل البيع لشريك فلا يكون لباقى الشركاء سوى الحق فى الأخذ بالشفعة ، ولا يكون لهم حق الاسترداد ، والعلة فى ذلك هى أن حق الاسترداد لم يوضع الا لمنع الأجنبى من التدخل بين الشركاء ، وقد شرع لمنع الاشكالات التى تنتج من ذلك .

٧١ — الشركاء فى حق الانتفاع — اذا كان حق الانتفاع العقارى

---

(١) دى هلتس نبذة ٥١ — استئناف مختلط ١٨ مارس ٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

usufruit immobilier مشتركا بين عدة أشخاص ، وباع أحدهم حقه ، هل يكون للآخرين حق الشفعة ؟

ان المادة الأولى من قانون الشفعة لم تذكر الا الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار المبيع copropriétaire indivis de l'immeuble vendu ، ولم تذكر الشريك الذى له حصة فى حق المنفعة المبيع ، فيظهر من نصها أن الشريك فى المنفعة لا يكون له حق الشفعة فى هذه الحالة . ولكن دى هلتس [1] يرى أن دخول أجنبى فى حالة الشيوع بين باقى الشركاء فى المنفعة مضر ، كحالة دخول أجنبى فى الملك المشترك ، لأن عملية القسمة تتجدد فى أوقات دورية بالنسبة للعقار ، ولذلك يرى امكان تطبيق المادة ٢ التى تقول « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه » [2] . ونحن نرى أن فى ذلك توسعا فى تطبيق المادة ٢ التى تتكلم فى العقار المبيع immeuble vendu ، لا فى حق الانتفاع المبيع .

وكذلك يرى دى هلتس امكان تطبيق المادة ٥٦١/٤٦٢ فى هذه الحالة ، وان كان كل ذلك مشكوكا فيه ، كما يقرر دى هلتس نفسه [3] .

(جـ) صاحب حق الانتفاع

Usufruitier

٧٢ — أعطت المادة ٢ حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع فى العقار المبيع كله أو بعضه الذى ترتب عليه حقه . وهذا هو نص المادة ٢ :

« يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه . وله طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » .

---

(١) نبذة ٥٢ .

(٢) راجع النبذة الآتية .

(٣) دى هلتس ٥٥ .

و بمقتضى المادة ٧ صاحب حق الانتفاع يلى الشريك فى المرتبة .

٧٣ — صاحب حق الانتفاع لم يكن بين الشفعاء قبل قانون الشفعة — ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلامية ، وكذلك لم يعط هذا الحق بمقتضى النصوص الملغاة الخاصة بالشفعة فى المجموعة المدنية . ولهذا لا نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أساس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشترى الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملكية .

٧٤ — نقد نص المادة ٢ الخاصة بصاحب حق الانتفاع — يلاحظ أن المادة ٢ تنص على أنه « يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه » . وهذا النص لا يفهم بمقارنته بالمادة ٧ التى جعلت مرتبة صاحب حق الانتفاع بعد مرتبة الشريك (١) .

كذلك نص فى آخر المادة ٢ على أن لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة « اذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه » . وهذا النص غير مفهوم أيضا ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة الا اذا باع مالك الرقبة حقه فى العين . فكيف يكون لمالك الرقبة الحق فى طلب الأخذ بالشفعة فى الوقت نفسه؟

يمكن تصور ذلك فى حالة ما اذا تعدد مالكو الرقبة وباع بعضهم نصيبه ، فانه فى هذه الحالة يكون لصاحب حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها الشريك فى ملك الرقبة ، ولكن فى هذه الحالة لم يكن هنالك داع للنص على ذلك ، لأن الشريك مقدم على كل حال على صاحب حق الانتفاع (المادة ٧) (٢) .

يمكن أن تتصور أيضا حالة ما اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وباع أحدهم

---

(١) دى هلتس نبذة ٤١ .

(٢) راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٥ و ٨٦ — دى هلتس نبذة ٥٤ .

نصيبه ، فهل يكون للشريك فى حق الانتفاع طلب الشفعة اذا لم يطلبها مالك الرقبة ؟ سبق أن بينا أن تخويل حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع هو استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن بيع الحقوق غير المادية ، مثل حق الانتفاع ، لا يعطى الحق فى الشفعة ، ولذلك يجب عدم التوسع فيه ، فلا يمنح هذا الحق فى حالة بيع حق الانتفاع الا لمالك الرقبة ، ولا يمنح للشركاء فى حق الانتفاع [1] .

٧٥ — *تعدد أصحاب حق الانتفاع* — اذا تعدد أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه (المادة ٧) .

(د) الجار المالك

Propriétaire Voisin

٧٦ — كان مجرد المجاورة ، من غير شرط آخر ، يكفى للشفعة . وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه فى معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما دعا المتعاقدين الى ابتداع طرق مختلفة لمنع التلاصق بين العقار المبيع وعقار الجار [2] . لهذا قد قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فأصبح بمقتضاه لا يكفى مجرد التلاصق أو المجاورة للأخذ بالشفعة .

٧٧ — *ثلاث أحوال للجار* — تعطى المادة الأولى الحق فى الشفعة للجار المالك فى أحوال ثلاث ، اذ تفرق بين الأحوال الآتية :

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٥٩ — عكس هذا الرأى فورجير ، وهو يستند على ما يأتى :

(ا) روح القانون تقضى بمنع تدخل شخص أجنبى فى الشيوع ، لأن تدخله يكون عاملا للمتاعب وعدم الوفاق .

(ب) المادة ٢ قد شبهت صاحب حق الانتفاع بالشريك فى الملك .

(حـ) أجاز القانون الشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع (فورجير ص ٣٠٧) .

على أن هذا البحث عديم الأهمية ، لأن أحكام حق الانتفاع نادرة التطبيق فى مصر . عكس هذا الرأى : أيضا عبد السلام ذهنى بك فى كتابه « الأموال » نبذة ٤٨٧ ص ٦٧٩ — محمود فهمى ص ١٤٨ .

(٢) دى هلتس نبذة ٥٦ .

الحالة الأولى — العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء ، سواء فى المدن أو فى القرى .

الحالة الثانية — العقار المشفوع من الأراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء .

الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع أو العكس .

وهذا نص ما جاء فى المادة الأولى خاصا بالجار :

« يثبت حق الشفعة لمن يأتى :

أولا — . . . . .

ثانيا — للجار المالك فى الأحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى .

اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة .

اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل » .

وسنتكلم فيما يلى فى كل حالة من هذه الأحوال الثلاث .

ويمكن القول بأن القانون فرق بين حالتين للجوار :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء . وهنا تكفى المجاورة من جهة واحدة .

(٢) ألا يكون العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء . وهنا لا تثبت الشفعة الا اذا وجد أحد شرطين :

(ا) أن يكون للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو العكس.

(ب) أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

ومما يجدر ذكره هنا أن الشفعة لا تكون للجار الا اذا كان مالكا للعقار المشفوع به ، فاذا لم يكن مالكا ، بل كان له حق انتفاع فقط أو كان مستأجرا ، فلا حق له فى الشفعة .

وحق الانتفاع كما تقدم لا يعطى الحق فى الشفعة الا اذا كان مقررا على العقار المبيع لا على العقار المشفوع به [١] .

وللجار حق الأخذ بالشفعة سواء وقعت على عقار مقسوم أو على جزء من عقار غير مقسوم ، انما يشترط القانون فى حالة عدم قسمة العقار المشفوع أن يتأخر الجار عن الشريك فى الملك ، ولا يمنح الجار حق الشفعة الا اذا تنازل هذا الأخير أو سقط حقه [٢] .

٧٨ — الحالة الأولى — بالنسبة للمبانى والأراضى المعدة للبناء :

جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء كانت فى المدن أو فى القرى».

"S'il s'agit de constructions ou de terrains destinés à être bâtis, situés dans une ville ou dans un village".

فيشترط فى هذه الحالة توافر شرطين :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء .

٧٩ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين من أية جهة ، ولو بشبر [٣] . والقاضى يقدر

---

(١) دى هلتس نبذة ٥٧ — راجع ما سيجىء نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٢٦٨ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٠ — زكى العرابى بك نبذة ٥٤ ص ٣٤ — فورجير ص ٣١٢ .

فى كل حالة ما اذا كان التلاصق بامتداد كاف يبرر الشفعة [١] .

ويكفى التلاصق من جهة واحدة [٢] .

والعبرة فى التلاصق بالأرض لا بالبناء ، اذا كانت الأرض تحوى بناء ، فاذا كان المبيع دارا لها بستان وبيع عقار ملاصق للبستان تثبت الشفعة [٣] .

٨٠ — **الشرط الثانى — أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء** — فاذا لم يكن العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، بأن كان معدا للزرع ، فله حكم آخر [٤] .

ولا يشترط ، كما هو ظاهر من النص ، أن يكون العقار المشفوع مبنيا بالفعل ، بل يكفى أن يكون من الأراضى المعدة للبناء .

ويجب أن يكون العقار المشفوع فى مدينة أو قرية ، أى أن يكون جزءا من منطقة مبان agglomération urbaine [٥] .

٨١ — **الشفعة فى البناء** — هل لمالك البناء أن يشفع فى العقار المبيع ، اذا لم يكن مالكا للأرض التى أقيم عليها البناء ؟ — واذا كان المبيع بناء من غير الأرض المقام عليها هل تجوز الشفعة فى هذا المبيع ؟ .

---

(١) ذهنى بك الأموال نبذة ٤٩٢ ص ٦٨١ .

(٢) استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٨) ، ١٠ يونيه ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٦ — فورجير ص ٣١٢ .

وعلى ذلك تمكن الشفعة فى الأبنية من غير شرط المجاورة فيها ، كما اذا كان منزل مقاما فى وسط بستان أو أرض فضاء ، بشرط أن يباع المنزل مع البستان أو مع الأرض وأن يتحقق شرط المجاورة بالنسبة للبستان أو الأرض (دى هلتس ٥٩) .

(٤) راجع نبذة ٨٤ وما بعدها .

(٥) استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) — راجع أيضا ما سيجىء نبذة ٨٨ .

يقول المرحوم فتحى زغلول باشا عند كلامه فى حالة الجار المالك اذا كان المشفوع من العقارات التى فى المدن والقرى :

« يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين ، سواء كان العقار المشفوع مبنيا أو معدا للبناء ، فالعبرة هنا بالأرض ، لا بالبناء ، وينتج من ذلك :

١ — اذا كان المبيع دارا لها بستان ، وكان لأحدهم عقار ملاصق للبستان ، فله الشفعة ، لأن العبرة بملاصقة الأراضى ، لا الأبنية .

٢ — اذا كان الشفيع لا يملك الا البناء ، بأن كانت الأرض محكورة له أو مؤجرة ، فلا شفعة .

٣ — اذا كان المبيع هو البناء دون الأرض فلا شفعة ، كما لو كانت الأرض لمالك ، وكان مترتبا عليها حق انتفاع بالبناء الآخر أو أن للدار المبنية فضاء هو الملاصق للجار ولم يدخل فى المبيع » .

هذا ما يقوله المرحوم فتحى زغلول باشا ، والظاهر أنه لم يتناول بالذات النقطة الخاصة التى هى موضوع بحثنا الآن .

ويقول دى هلتس عند كلامه فى شفعة الجار المالك للمبانى أو الأراضى المعدة للبناء ، ان حق الشفعة يقع على المبانى تبعا للأرض المقامة عليها هذه المبانى [1] ، فلا يجوز أن يشفع فى منزل من غير أن يشفع فى الأرض المبنى عليها . وينتج من ذلك أن التلاصق يشترط ، لا بالنسبة للمنازل المشفوعة ، بل بالنسبة للأرض المقامة عليها هذه المنازل ، فيمكن أن يشفع فى المنازل من غير أن تكون متلاصقة ، كما اذا كان منزل مقاما وسط بستان أو ضيعة وكان البستان أو الضيعة مجاورين للأراضى المشفوع بها [2] . وبما أن حق الشفعة لم يعط الا للجار المالك ، فينتج من ذلك أن من لا يكون مالكا للأرض التى

---

(١) نبذة ٥٨ .

(٢) نبذة ٥٩ .

بنى عليها لا يشفع فى المنزل المجاور لمنزله ، لأنه لا يوجد التصاق بين الأراضى لمصلحته . وهذا الحق لا يوجد الا لمصلحة مالك الأرض المقام عليها البناء . وهى هنا حالة من لا يحوز الأرض الا بصفته صاحب حق السطح droit de superficie أو حق الحكر ، فحق الشفعة يكون لمالك الأرض ، أى لمن أعطى حق السطح أو الحكر . ويضيف دى هلتس أن هذا ، كما يظهر له ، هو السبب الذى من أجله يجب حرمان من له حق السطح superficiaire أو حق الحكر من حق الشفعة ، وليس السبب الذى يذكرونه غالبا ، وهو أنه ليس لهما حق الملكية التام ، فان لهما هذا الحق على المبانى التى يقيمونها ، حتى أن لهما أن يرهناها رهنا تأمينيا [1] .

ويقول الأستاذ ذهنى بك عند بحثه حالة الجار اذا كان العقار المشفوع مبنيا : ان العقار المشفوع المبنى « يتكون من البناء بالذات ومن الأرض القائم عليها البناء . ولا بد للشفيع من أخذ العقار بناء وأرضا بالشفعة . ويستحيل عليه أن يطالب بأحد الاثنين . واذا كانت الأرض لمالك والبناء لآخر وبيع البناء دون الأرض فلا شفعة . وكذلك لا شفعة اذا بيع البناء دون الأرض (!) . واذا كان الشفيع لا يملك الا البناء القائم على الأرض المشفوع بها ، كما اذا كان مستأجرا أو كانت الأرض محكورة له أو كان مرتهنا رهنا حيازيا عقاريا ، فلا شفعة له أيضا ، ولكن لمالك الأرض حق الأخذ بالشفعة ، وهو المؤجر أو صاحب الأرض المحكورة أو المدين الراهن » [2] .

أما نحن فمن رأينا أن الشفعة تجوز فى البناء ، ولو بيع مستقلا ، وأنه لا يوجد ما يمنع المالك الذى لا يملك الا البناء من أن يشفع فى العقار المبيع ، فاذا بيعت أرض مع البناء الذى عليها ، أو بيعت الأرض من غير البناء ، أو اذا بيع البناء من غير الأرض [3] ، كما اذا باع صاحب الطابق الثانى من منزل —

---

(١) نبذة ٦٠ .

(٢) ص ٦٨١ — ٦٨٢ .

(٣) أى مع بقاء حق القرار .

لا يملك فيه الطابق الأسفل — طابقه ، فيجوز للجار ، سواء أكان مالكا للأرض وما عليها من البناء ، أم للأرض فقط ، أم للبناء فقط ، أن يطالب بالشفعة ، اذا توافرت لديه شروط الجوار بالنسبة لما يشفع فيه ، وذلك لأنه بالنسبة للعقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضا ، بل اشترط فقط أن يكون عقارا ، ولم يخصص ، فقد ورد لفظ العقار immeuble من غير تخصيص فى المواد ٢ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ ، وعبر فى المادة ٧ بلفظ ملك fonds ، حيث جاء فيها « واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة . . . » . والمادة الأولى صريحة فى جواز الشفعة فى البناء ، اذ جاء فيها عند الكلام فى أحوال الجار أن الشفعة تثبت للجار المالك « اذا كان العقار المشفوع من المبانى constructions أو من الأراضى المعدة للبناء ، ولم ينص فيها على أن البناء يجب أن يكون تابعا للأرض .

وبالنسبة للعقار المشفوع به نرى الشارع لم يخصص عقار الشفيع ، بل أطلق ، فقد جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت « للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع au copropriétaire indivis de l'immeuble vendu .

ومن المعلوم أن العقار فى القانون اما أن يكون مالا ثابتا بطبيعته أو من أصل خلقته immeuble par nature ، واما أن يكون ثابتا بطريق التخصيص immeuble par destination (مدنى ٤/١٨/٥٢٤) ، واما أن يكون ثابتا بالنسبة للشىء المتعلق به Immeuble par l'objet auquel il s'applique.

أما بالنسبة للأموال الثابتة بطبيعتها ، فان الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء ، أم غراسا ، فان البناء وحده ، أو الغراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة .

وبالنسبة للأموال الثابتة بطريق التخصيص فانها تتبع العقارات التى اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة فى هذه الحالة .

وفيما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به ، أو الأموال الثابتة

غير المادية كما تسمى أحيانا ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار . وقد أجاز القانون نفسه ، فى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع كما تقدم .

ومن بين الأموال الثابتة بالنسبة للشيء المتعلقة به ، حق التعلى . فحق التعلى ذاته عقار [١] ، بغض النظر عن البناء ، فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به ، لأنه عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه . ولذلك فى الدار ذات الطبقات يجوز لكل من أصحاب الطبقات المطالبة بالشفعة اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، كما سنبينه [٢] .

يضاف الى ما تقدم أن القول بعدم اجازة الشفعة فى البناء يتعارض مع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة بالنسبة للضرر الذى يقع ممن ينتقل اليه البناء المبيع ويتأذى منه الذى يريد المطالبة بالشفعة . واذا كان طالب الشفعة لا يملك الا البناء دون الأرض فقد يكون الضرر الذى يلحقه ممن انتقل اليه العقار المبيع أبلغ من الضرر الذى يلحق مالك الأرض .

ولذلك ترى كما تقدم أنه اذا بيع عقار فانه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ومالك البناء المجاور (ان لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد) أن يطالبا بالشفعة ، وتكون الأفضلية لمن منهما يعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من الآخر وفقا للمادة ٧ .

والظاهر أن الذى دعا الى ايجاد الرأى المخالف لرأينا هى أحكام الشريعة الاسلامية ، فانه بمقتضى مذهب الحنفية يعتبر البناء منقولا ، فلا تجوز فيه الشفعة ، الا اذا بيع مع الأرض ، ولكن اذا بيع من غير الأرض فلا شفعة فيه ، فقد نص فى المادة ١٠٩ من مرشد الحيران على أن « لا شفعة فى البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها . فاذا بيع البناء والشجر تبعا للأرض

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .

(٢) راجع نبذة ٨٢ .

ثبتت فيه الشفعة » . وجاء فى المادة ١٠٢٠ من المجلة : « لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية تجرى الشفعة فى الأشجار والأبنية أيضا تبعا للأرض . وأما اذا بيعت الأشجار والأبنية فقط فلا تجرى فيها الشفعة »[1] .

ولكن القانون صريح فى أن البناء يجب أن يعتبر عقارا ، وما دام أن القانون كما تقدم لم يشترط فى العقار المشفوع أن يكون أرضا فلا يعمل بحكم الشريعة .

ويلاحظ أن الامام مالكا يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

على أن فقهاء المذهب الحنفى لا يقررون عدم جواز الشفعة بتاتا فى البناء ، بل انهم يجيزونها استحسانا لأصحاب الدور فى الدار ذات الطبقات ، وبعضهم يجيزها فى البناء الذى يقام على أرض محتكرة ، وذلك لما للبناء من حق القرار[2] .

---

(١) راجع الزخيرة فى الفصل الثالث من الشفعة — مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢ ص ٣٩ — شرح المجلة المادة ١٠١١ لمحمد سعيد المحاسنى جزء ٢ ص ٣٦٩ و ٣٧٤ .

(٢) جاء فى البدائع (٥ ص ١٢) أن الشفعة لا تجب الا فى العقار أو ما فى معناه وهو العلو — وفى ص ١٣ : اذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة . أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار ، وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قائما استحسانا ، لأن حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد ، فصار بمعنى العقار ، فيجب فيه الشفعة . ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبى يوسف ، وعند محمد لا شفعة له . وجه قول الأول أن البناء وان بطل فحق البناء قائم ، وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد ، فكان بمنزلة البقعة . ووجه قول الثانى أن الشفعة انما تجب اما بالشركة فى الملك أو الحقوق ، أو بجوار الملك ، ولم يوجد شىء من ذلك ، أما الشركة فظاهر الانتفاء ، وكذا الجوار ، لأن الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة — يلاحظ أن الذى يجيز الشفعة هو محمد والذى يبطلها هو أبو يوسف خلافا لما جاء فى البدائع (راجع الفتاوى الهندية ص ١٦٤) .

وجاء فى الزيلعى (٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣) : لا تجب الشفعة فى بناء ونخل بلا عرصة ، لأنهما منقولان ، فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض ، وان بيعا مع الأرض تجب فيهما الشفعة تبعا للأرض ، بخلاف العلو ، حيث يستحق بالشفعة ، ويستحق به السفل على أنه مجاوره ، وذلك =

واذا رجعنا الى أحكام المحاكم الخاصة بالشفعة فى البناء نجدها فى موضوع الحكر ، وستتكلم فيه فيما بعد [(١)] .

وقد صدرت بعض الأحكام قبل قانون الشفعة الجديد : من ذلك حكم استئناف مصر الأهلية فى ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ [(٢)] ، فقد جاء فى هذا الحكم :

ان المادة الثانية من القانون المدنى قسمت الأموال الثابتة الى قسمين ، أموال ثابتة حقيقية وأموال ثابتة حكمية ، حيث نصت على أن الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال . فيتبين من التقسيم الثانى لحوزة الاستقرار ، وهو قول المادة أو بصنع صانع ، أن غرضها منه اعتبار البناء أموالا ثابتة بصرف النظر عن الأرض القائم عليها ، والبناء انما يكون بصنع صانع ، ولا يمكن نقله بدون خلل أو تلف ، اذ نقله يكون بنقضه وهدمه ، فلا يمكن القول بأنه يعتبر منقولا لوجود السبيل الى هدمه وازالته ، اذ لا يطلق عليه اسم البناء الا ما دام قائما ويترتب على الهدم الخلل والتلف اللذان اعتبرا شرطا .

وجاء فيه أيضا أنه اذا لم يعتبر حق القرار تابعا للبناء فلا بد من اعتباره من الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، والحقوق العينيـة المتعلقة بالأموال الثابتة هى من العقار الحكمى .

= اذا لم يكن طريقه طريق السفل ، وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط فى الحقوق وهو الطريق ، لأن حق التعلى يبقى على الدوام ، وهو غير منقول ، فتستحق به الشفعة كالعقار .

وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة فى العلو استحسان (حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ — ٢٥٣) ، اذ كان القياس ألا تجب فيه الشفعة ، لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وانما استحسنوا لأن حق الوضع متأبد فهو كالعرصة .

(١) راجع نبذة ٨٣ .

(٢) المحاكم ٤ رقم ١٤٤ ص ٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ ص ١٤١ .

وأضاف الحكم أن القانون فى باب الشفعة أطلق اجازتها فى العقار كما فى المادة ٦٩ ، ولم يقيده بكونه حقيقيا أو حكميا أو تبعيا . ومعلوم أن لفظة العقار تشمل ذلك كصريح المادة ٢ و ٤ من القانون المدنى ، وانما لم يقيده ارتكانا على هاتين المادتين ، فعليه يكون تخصيص العقار فى باب الشفعة بالحقيق ترجيحا بلا مرجح ، والتخصيص كالاستثنائى لا يكون الا بالتنصص الصريح كما هى القواعد القانونية ، والقانون لم يصرح ، فيتعين الحمل على العموم .

ولكن محكمة مصر الابتدائية قضت [١] على عكس ذلك ، بأن القانون صريح فى عدم جواز الشفعة فى البناء وحده أو بواسطة البناء وحده ، بدليل المادة ٩٣/٦٨ ، حيث نصت (لمن أعار أرضه لانسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة الخ) ، لأنها أثبتت حق الشفعة لصاحب الأرض فى البناء دون صاحب البناء فى الأرض مع التلازم الذهنى حال وضع هذا النص ، ويؤخذ منه أن القانون انما صدر المادة بلفظ الأرض ومنع صاحب البناء من الشفعة فيها اشارة الى أن الشفعة لا تجوز الا فى عقار مخصوص هو الأرض ، فان قام عليها شىء فهو يتبعها ، وحيث ان الدليل المأخوذ من تصريح المادة (٩٤/٦٩) بقولها للشريك فى عقار غير مقسوم من غير نص على نوع العقار دليل ساقط ، لأن لفظة عقار جاءت على لسان ناقل هذه المادة من قبل التحسين لا من قبيل الوضع ، يشهد بذلك الطبعة الفرنساوية ، اذ عبارتها بالحرف (للشريك غير المقسوم Le copropriétaire indivis) ، فغير المقسوم صفة للشريك كما هو ظاهر ، ولفظة عقار غير موجودة ، فالارتكان على ذكرها خطأ فى الطبعة العربية خطأ فى القضاء ، ولذلك لم تأت هذه اللفظة السقيمة مرة ثانية فى باب الشفعة .

٨٢ — **الدور ذات الطبقات** — اذا كانت الدار ذات طبقتين ،

(١) القضية نمرة ١٣٩ سنة ١٨٩٦ المحاكم ٧ ص ٩٨٧ مسائل الأوقاف رقم ٣٧٩ ص ١٢٨ .

وكان السفل من البناء لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جارا ملاصقا [١] .

فاذا بيع العلو كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة . واذا بيع السفل كان لصاحب العلو حق الشفعة [٢] .

واذا لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة ، حتى انهدم العلو ، فقد قلنا انه فى الشريعة الاسلامية على قول أبى حنيفة وأبى يوسف تبطل الشفعة ، لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ . وعلى قول محمد تجب ، لأنها ليست بسبب البناء ، بل بالقرار [٣] .

وفى القانون نرى أن الحكم يجب أن يكون كقول محمد ، لأن حق القرار عقار ، فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به ، وهو عبارة عن ملكية الجزء من الفراغ الذى لصاحبه الحق فى البناء فيه [٤] .

واذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، بعضها فوق بعض ، فبيعت الطبقة الوسطى تثبت الشفعة لصاحب الطبقة العليا ولصاحب السفلى . واذا بيعت الطبقة السفلى أو الطبقة العليا فلصاحب الطبقة الوسطى حق الشفعة . وهذا هو حكم الشريعة أيضا كما تقدم [٥] .

٨٣ — **الشفعة فى الحكر** — هل تجوز الشفعة فى البناء القائم فى أرض محتكرة ؟ لا يوجد ما يدل على أن الشارع المصرى أراد أن يخالف الشريعة فيما يتعلق بأحكام الحكر .

وقد تضاربت أقوال الفقهاء فى ثبوت الشفعة فى البناء القائم فى الأرض

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣١ .

(٢) العرابى بك ص ٣٣ نبذة ٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣١ — الفتاوى الهندية ص ١٦٤ .

(٤) كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٤٨٤ — راجع العرابى بك نبذة ٥٣ ص ٣٣ .

(٥) راجع نبذة ٣١ — زكى العرابى بك نبذة ٥٣ ص ٣٣ .

المحتكرة ، أو الأشجار المملوكة الواقعة فيها . فمنهم من قال بثبوتها . ومنهم من قرر عدم الثبوت . وانقسمت أحكام المحاكم المصرية بسبب ذلك .

فمن قالوا بثبوت الشفعة احتجوا بما يأتى :

ان البناء فى الأرض المحتكرة هو عقار ، لأن حق القرار هو من الحقوق العينية المتعلقة بالأموال الثابتة ، وهو عقار حكمى ، أى غير مادى ، وقد أجاز القانون الشفعة فى العقار على اطلاقه حقيقيا كان أو حكميا [١] .

واستندوا على ما قاله الكمال بن الهمام من أن البناء اذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار ، وقد انتصر له أبو السعود من علماء الحنفية فى حاشية مسكين وجزم بخطأ من أفتى بأن لا شفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة كالطورى [٢] . ووفق بين القولين بأنه اذا لم يكن للمحتكر حق القرار فيكون البناء من المنقولات ولا شفعة فيه الا تبعا ، واذا كان للمحتكر حق القرار فيلتحق بالعقار ، وهى ثابتة فيه ، كما فى مسئلة العلو مع السفل لما فيه من حق القرار ، ولو كان العلو انهدم قبل قيام الشفيع يبقى حقه كما قال محمد [٣] .

يضاف الى ما تقدم أن مذهب الامام مالك يجيز الشفعة فى البناء القائم على الأرض المحتكرة [٤] .

واستند من يقول بعدم ثبوت الشفعة على ما يأتى :

ان البناء ليس له حق البقاء على الدوام ، بل هو على شرف الزوال ، لأن

---

(١) قنا الجزئية سنة ١٨٩٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ ص ١٤٥ — استئناف ٢٩ مارس ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ .

(٢) ابن عابدين ٥ ص ١٤٣ .

(٣) استئناف مصر الأهلية ١٩ ديسمبر ١٨٩٢ الحاكم ٤ رقم ١٤٤ ص ٢ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٢ ص ١٤١ — قنا الجزئية سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ .

(٤) راجع الجزء الثالث من شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل صفحة ٥٩١ — كتاب البهجة فى شرح التحفة للعلامة التسولى الجزء الثانى ص ١٢٠ — بلغة المسالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للشيخ الدردير الجزء الثانى ص ٢٥١ .

المحتكر اذا امتنع عن دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر الأرض لغيره .

وانه بمقتضى الشريعة يشترط أن يكون المبيع مملوكا ملكا تاما لبائعه [١] ، ولم يرد الشارع مخالفة أحكام الشريعة [٢] ، بل ان جل ما تدون بقانون الشفعة بنوع خاص كان مقصودا به ترتيب وتنظيم الاجراءات الواجب اتباعها لطلب الشفعة ، وليس فيها ما يؤخذ منه الميل الى مخالفة فقه الشريعة نفسها فى مادة الشفعة ، فوجب اذن احترام أحكام الشريعة التى لم يرد فى القانون نص يخالفها ، وفضلا عن ذلك فان حكم الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد جاء مطابقا للمعقول لضرورة حصر حق الشفعة هنا ، لأنه لو جازت الشفعة للأراضى المحكرة لزادت الأراضى الموقوفة زيادة فاحشة تضر بمصلحة البلاد التجارية والاقتصادية [٣] .

هل يشفع بالحكر ؟

اختلفت المحاكم كذلك فيما اذا كان يجوز أن يشفع بالحكر ، فقال البعض ان البناء القائم على الأرض المحتكرة له حق القرار ، فهو اذن عقار يشفع ويشفع به [٤] .

وقال البعض الآخر انه لا يشفع به ، لأن قانون الشفعة لم يعط حق الشفعة الا لمالك العقار المشفوع به ملكا تاما ، حتى انه لم يعطه لصاحب حق الانتفاع الا فى العين المقرر عليها حقه ، ولم يعطه اياه الا اذا لم يطلبه مالك الرقبة نفسه . ولا يمكن تشبيه المحتكر بالجار المالك ، ولا بصاحب حق الانتفاع ، لأن المحتكر

(١) المجلة المادة ١٠١٩ و ١٠٢٠ — مرشد الحيران المادة ١٠٩ و ١١٠ — قانون العدل والانصاف المادة ٣٤٢ .

(٢) استئناف مختلط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ص٢٠٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨١ — ص ١٤١ ، ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ ص ١٣٩ — مصر الأهلية ٢٩ مارس ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٤ ص ٥٣١ الجدول العشرى الأول لمجلة المحاماة رقم ٩٩٦ .

(٣) حكم ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) .

(٤) قنا الجزئية القضية نمرة ١٢٤ سنة ١٨٩٣ مسائل الأوقاف رقم ٣٨٣ ص ٢١٤ .

لا يمكن اعتباره مالـكا بالمعنى القانونى الصحيح ، لأنه ليس له الا حق عينى على ملك الغير يخوله الانتفاع به انتفاعا تاما فى مقابل جعل سنوى له يسمى حكرا ، اعترافا بملـكيته لرقبة العين ، أو يعطيه حق الانتفاع بالبناء والغراس القائم على أرض الغير . وانه وان كان للمحتـكر حقوق أوسع من حقوق صاحب الانتفاع بالعين فقط ، دون حق التصرف فيها بطريقة مطلقة ، الذى هو عنوان الملك ، وان كان المحتـكر يعتبر حيال الغير أنه يملك التصرف فى العين ، فانه فى الحقيقة ونفس الأمر ملك مثقل بالواجبات أخف ما فيها وجوب المحافظة على كيان العين المقرر عليها حقه ، لأنه بانتهاء أجل الاحتكار أو بسقوط الحق ترجع العين المحكرة الى صاحبها الأصلى .

وفضـلا عن ذلك فان المحتـكر مثل صاحب الانتفاع لا يمـكنه أبدا أن يتملك العين المحـكرة مهما طال وضع يده عليها ، اللهـم الا اذا تغير وضع يده فيظهر فى العين بمظهر المالك المتصرف فيها التصرف المطلق [١] .

وقالوا ان هـذا التشديد مطابق تماما لروح الشريعة الاسلامية وللقوانين المختلطة والأهلية وقانون الشفعة الجديد [٢] .

ونحن نفضل الرأى الذى يقول بجواز شفعة الحـكر، وانه يشفع به ، فقد قلنا فيما تقـدم [٣] بجواز شفعة البناء ، فضلا عن أن للمحتـكر حق القرار ، وهو عقار ، وفى العادة والواقع يكون على وجه التأبيد ، اذ أن العادة جرت على عدم اخراج صاحب البناء الذى يورث حقه [٤] .

---

(١) راجع مصر الابتدائية ٢٦ ابريل ١٨٩٢ الحاكم ٣ ص ٩٠ — مصر الابتدائية ١٨٩٦ الحاكم ٧ ص ٩٨٧ — اسـتئناف مختلط ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٨٧) مسائل الأوقاف رقم ٣٨٠ ص ١٣٩ .

(٢) المجلة المادة ١٠١٧ — مرشد الحيران المادة ١٠٧ .

(٣) راجع نبذة ٨١ .

(٤) وقد جاء فى شرح الحطاب (ص ٣١٩) نقلا عن التوضيح : « وينبغى أن يتفق فى الأحكار التى عندنا بمصر أن تجب الشفعة فى البناء القائم فيها ، لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا ، فـكان كالك الأرض » .

٨٤ — الحالة الثانية — الأراضى غير المعدة للبناء :

جاء فى المادة الأولى أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :

« اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل » .

« Si les deux terrains sont contigus de deux cotés, et que la valeur de celui du préempteur représente au moins la moitié de la valeur de l'autre".

كحالة الأراضى الزراعية ، سواء أكانت مزروعة بالفعل أم لا .

ويشترط فى هذه الحالة توافر شرطين :

(١) التلاصق من جهتين .

(٢) أن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة .

واذا انعدم شرط من الشرطين فلا شفعة .

ولم يكن هذان الشرطان موجودين قبل قانون الشفعة ، بل كان يكفى للأخذ بالشفعة مجرد الملاصقة من جهة واحدة كما تقدم .

٨٥ — الشرط الأول : التلاصق من جهتين — يجب أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من حدين ، كالشرقى والبحرى مثلا ، ولا تكفى الملاصقة من نقطتين من جهة واحدة [١] . وكذلك لا يكفى التلاصق من جهة واحدة ولو على طول الحد بأكمله [٢] .

ويصح أن يكون التلاصق من جهتين متجاورتين ، كالحدين الشرقى والقبلى .

ويصح أن يكون من جهتين غير متجاورتين ، كالجهة الشرقية والغربية .

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ — قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٨ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٧ — استئناف مختلط ٢ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧) ، ٥ يناير ١٩٠٥ (٧ ص ٧١) .

ولا يكفى مجرد الملاصقة من جهتين ، بل يجب أن يكون التجاور من حدين ، أى من جهتين من الجهات الأصلية (الشمال ، الجنوب ، الشرق ، الغرب) [١] . وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع جارا من حد واحد منكسر أو منحن فهو جار من حد واحد على كل حال [٢] . ويجب أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، كثلث الحد أو نصفه [٣] . وعلى كل فالقاضى هو الذى يقدر ما اذا كان التلاصق على امتداد يكفى لتبرير الشفعة .

٨٦ — المجاورة من جهتين بملكين :

لم ينص قانون الشفعة على حالة ما اذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوعة بملكين مختلفين . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يؤخذ من الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون الشفعة التى نصت على جواز طلب الشفعة اذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، يؤخذ منها وجوب مجاورة الأرض المشفوع بها للأرض المشفوعة من حدين ، فاذا كان طالب الشفعة يجاور الأرض المشفوعة من جهة ، ومن الجهة الأخرى لا يجاورها بنفس القطعة ، ولكنه يجاورها بصفته شريكا على الشيوع فى قطعة أخرى ، فلا شفعة له ، لأن المجاورة من جهتين يجب أن توجد بين عقارين [٤] ، ولا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها [٥] .

---

(١) زكى العرابى بك نبذة ٥٥ ص ٣٥ — دى هلتس ٦٨ — فورجير ص ٣١١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠١ .

(٣) دى هلتس ٦٨ — فتحى زغلول باشا ص ٨٧ — استئناف مختلط ٢ يناير١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٠٢ ، ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٤) جاء فى نص المادة "Si les deux terrains sont contigus" .

(٥) استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٢٤) المحاماة ٥ رقم ٦٨٥ ص ٨٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٧ .

وعلقت مجلة المحاماة على هذا الحكم بأن الشفعة فى الأصل من الحقوق غير المستحبة ، فيجب أن يضيق القاضى دائرة تطبيقها ، وما دام أن القانون يحتم أن تكون الأرض المشفوع بها تجاور الأرض المشفوعة من حدين فلا يمكن الحكم بالشفعة لشخص يملك قطعتى أرض كل واحدة منهما تجاور الأرض المشفوعة من حد واحد .

ويضاف الى ما تقدم أن نص المادة ، وخصوصا النص الفرنسى ، ذكر به أرض الجار وأرض الشفيع بصيغة المفرد [1] .

ونحن من هذا الرأى .

على أنه قد يعترض على هذا الرأى بأن الشفعة شرعت لدرء الضرر الذى يلحق الجار ، وبما أن القانون أجاز الشفعة فى حالة ما اذا كان له ملك يجاور الأرض المبيعة فان الضرر الذى يلحق الجار يكون أكثر اذا كان له ملكان يجاوران الأرض المبيعة . ولكن يرد على ذلك بأنه يجب عدم التوسع فى أحكام الشفعة كما تقدم .

٨٧ — الشرط الثانى : أن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة — يجب أن تساوى أرض الجار من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل .

والقصد من هذا الشرط منع المضاربة ، فقد كان مجرد المجاورة يكفى لطلب الشفعة بمقتضى نصوص المجموعة المدنية ، وكانت نتيجة ذلك أن كل البيوع تقريبا كانت تخول حق الشفعة ، وكان المضاربون يسعون للحصول على القطع الصغيرة جدا المحصورة بين عقارات أخرى ، وبواسطتها كانت تتهيأ لهم فرص عديدة للشفعة ، فيجعلون من القطع الصغيرة أملاكا واسعة ، فلهذا اشترط قانون الشفعة هذا الشرط الخاص بالقيمة [2] .

---

(١) قارن محمود فهمى ص ١٧٠ — ١٧٢ .

(٢) دى هلتس نبذة ٧٠ .

ويجب التعويل على قيمة أرض الجار والأرض المشفوعة وقت الشفعة [١]، لا على الثمن الذى اشتريا به [٢].

ولا يهم مقدار المساحة [٣].

واذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة لجلة أشخاص على الشيوع ، وطلبوا جميعا أخذها بالشفعة ، فان قيمة مجموع الأرض هى التى يجب اعتبارها ، لا قيمة نصيب كل منهم [٤].

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة [٥] أن الجار المالك على الشيوع له أن يستعمل حق الشفعة من غير حاجة لأن يشترك معه شركاؤه فى الملك ، ولا يحتج عليه ، اذا كانت الأملاك زراعية ، بأن قيمة حصته لا تساوى نصف ثمن الأراضى المشفوعة على الأقل .

ونحن نوافق عل هذا الحكم ، من حيث جواز شفعة الشريك فى الملك [٦]. ولكن لا نرى ما رأته المحكمة من حيث عدم اعتبار قيمة حصة الشريك الذى يطلب الشفعة ، لأن عبارة القانون تدل بوضوح على أن قيمة أرض الشفيع يجب أن تساوى نصف قيمة الأرض المشفوعة . وقد عدلت محكمة الاستئناف المختلطة عن رأيها فقضت بوجوب مراعاة قيمة حصة الشريك [٧].

---

(١) دى هلتس نبذة ٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مايو ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٢٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — دى هلتس ٦٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) ، ١٦ يناير ١٩١٣ (٢٥ ص ١٣٩ .

(٥) ١٦ يناير ١٩١٣ المتقدم .

(٦) راجع ما سيجىء نبذة ١١٣ .

(٧) راجع استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٦٠) — قارن محمود فهمى ص ١٧٣ .

٨٨ — التفرقة بين أراضى البناء والأراضى الزراعية — للتمييز بين الأراضى الزراعيــة والأراضى المعــدة للبناء ، لا ينبغى النظر الى كون العــين المطلوبة بالشفعة محاطة بأراض مزروعة أو لا ، أو الى كونها بيعت بالمتر أو بالفدان، بل ينبغى الرجوع الى خريطة المدينة أو القرية ، ومعرفة ما اذا كانت هذه القطعة تدخل ضمن دائرتها أو لا ، فاذا اتضح أنها تدخل ضمن دائرة المدينة أو القرية فيجب اعتبارها من الأراضى المعدة للبناء [1] .

وقاضى الموضوع هو الذى يفصل فى ذلك على حسب الأحوال .

والذى يعتبر هو اعداد البائع الأرض للبناء ، لا اعداد المشــترى لها . فاذا اشترى شخص أرضا زراعية لتقسيمها و بيعها للبناء فلا تثبت الشفعة الا اذا توافر شرط الجوار من جهتين ، لأنها تعتبر أرضا زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من الأراضى المبنية كما يعدها المشترى .

و يؤخذ من نص المادة أنه يجب أن تكون الأراضى معدة للبناء وقت البيع ، فقد جاء فيها « اذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء »، ولم تقل المادة من الأراضى التى ستعد للبناء [2] .

وقد قضى بأنه اذا كان المشفوع أرضا وصفت فى عقد البيع بأنها أرض زراعية ، وقدرت مساحتها بالفدان ، وكانت مؤجرة للزراعة ، ولا يزال يدفع المال عنها باعتبارها أرضا زراعية ، ولكنها كانت معدة لتقسيمها عاجلا الى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمبانى وانتشار العمران بالجهة التى بها ، جازت الشفعة فيها للجار ذى الحد الواحد باعتبارها أرض بناء [3] .

---

(١) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٢٨ ص ١١٣ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٠) — دى هلتس نبذة ٦٤ .

(٢) زكى العرابى بك نبذة ٥٤ ص ٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ .

وحكم بأن لوكاندة « مينا هوس » لا تعتبر داخلة ضمن دائرة المبانى أو الأراضى المعدة للبناء فى المدن أو القرى المنصوص عليها فى المادة ، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراضى زراعية شاسعة تروى فى أوقات دورية [١] .

وحكم بأنه لا تجوز الشفعة للجار من حد واحد فى الأراضى المعدة للبناء الا اذا كانت الأرض ببلدة أو بقرية بحيث تكون جزءا من مجموعة مساكن [٢] .

وحكم بأنه يجب اعتبار الأرض زراعية rural ، ولو تحدد لها ثمن عال جدا قدر بالذراع ، لا بالفدان ، اذا كانت الأرض واقعة ضمن أراضى قرية خارج منطقة المبانى agglomération batie بالقرية ، أو خارج منطقة المبانى بأطراف المدينة banlieue d'une ville ، وفى هذه الحالة يجب توافر شرط الجوار من جهتين للأخذ بالشفعة [٣] .

وحكم بأنه من حيث الشفعة يعتبر القانون مبنيا urbains العقارات (المبانى والأراضى) الواقعة فى منطقة بناء dans une agglomération batie (مدينة أو قرية) ، بخلاف العقارات الزراعية ruraux التى يكون تخصيصها العام الحالى للزراعة لا البناء ، والتى تكون فيها المبانى على مسافات [٤] .

و بأنه يجب لتمييز أراضى البناء عن الأراضى الزراعية البحث عن تخصيصها الحالى ، وعما اذا كانت توجد فى منطقة بناء dans une agglomération batie، فكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قربا كافيا بحيث يمكن اعتبارها

---

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) — راجع أيضا ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول لمجلة المحاماة رقم ١٠٠١ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) .

بالفعل ، ان لم يكن من الوجهة الادارية ، جزءا منها فان الشفعة تكون للجار الملاصق من جهة واحدة [١] .

وحكم بأن القانون يقصد عند كلامه فى الأرض المعدة للبناء التخصيص المحض الناشىء من موقعها الحالى فى مدينة أو قرية ، لا التخصيص الشخصى الحقيقى الذى قد يكون احتماليا aléatoire [٢] .

٨٩ — الحالة الثالثة — وجود حق ارتفاق :

نصت المادة الأولى على أن حق الشفعة يثبت أيضا للجار المالك :

« اذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة » .

"Si pour le service du terrain vendu, une servitude est établie sur le terrain du propriétaire voisin, ou si celui-ci a un droit de servitude sur le terrain vendu,..

ويشترط فى هذه الحالة شرطان :

أولا — التلاصق من جهة .

ثانيا — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر .

٩٠ — الشرط الأول — التلاصق من جهة — يجب أن يكون الشفيع جارا ، أى ملاصقا للأرض المشفوعة . وتكفى الملاصقة من جهة واحدة [٣] .

أما مجرد وجود حق ارتفاق لعقار على آخر فلا يعطى وحده الحق فى الشفعة فى حالة البيع ، بل لا بد أن يكون أحد العقارين ملاصقا للآخر ، لأن صاحب

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٠٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

العقار المشفوع به لا يكون جارا الا بالملاصقة كما تقدم [١] .

٩١ — الشرط الثانى — أن يكون لأحد العقارين حق ارتفاق على الآخر — يجب أن يكون للعقار المشفوع حق ارتفاق على العقار المشفوع به ، أو العكس ، كأن يكون له حق المرور أو حق الشرب [٢] .

ولا فرق بين ما اذا كانت العقارات مبنية أو معدة للبناء أو زراعية ، فى المدن والقرى ، أو ليست بها [٣] .

الا أنه يجب أن يكون حق الارتفاق موجودا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة [٤] .

٩٢ — للعقار المشفوع حق ارتفاق على عقار الشفيع — حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ظاهر فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على عقاره لمنفعة العقار المبيع ، فانه باستعمال حق الشفعة يخلص عقاره من هذا العبء .

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — دى هلتس نبذة ٨١ — قارن استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٦٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٨٩٢ (١٦ ص ١٦٤) — ٢٨ ديسمبر ١٩٠٥ (٦٨ ص ٥٧) ، وقد جاء فيه أن وجود مسقاة تأخذ ماءها من ترعة عمومية وتمر بأرض الشفيع ثم تجلب المياه الى الأراضى المجاورة ، وهى المشفوعة ، تكون حق ارتفاق يترتب عليه اعطاء الحق فى الشفعة — ١٢ يناير ١٩٠٩ (٢١ ص ١٠٧) ، وقد قرر هذا الحكم الأخير أن حالة الاشتراك فى ترعة موجودة بين عقارين لا يمكن تشبيهها بحق الارتفاق المقرر على أحد العقارين لمنفعة العقار الآخر — راجع كذلك استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩١١ (٢٣ ص ١٤٨) ، ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) ، وقد جاء فى هذا الحكم أن رى عقارين من مسقاة واحدة أو جدت بتخصيص رب الأسرة ، وأصبح بعد تقسيم العقارات حق ارتفاق حقيق ، يبرر فى حالة بيع أحد العقارين استعمال الشفعة — استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ — قارن ٢٧ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٦٤) المتقدم .

(٣) دى هلتس نبذة ٧٨ .

(٤) دى هلتس نبذة ٨٢ — استئناف مختلط ٥ مايو ١٩١٩ (٣١ ص ٢٨٣) .

ويلاحظ أن مصلحة الجار فى تخليص ملكه لا تظهر تامة فى حالة ما يكون الارتفاق مقررا لمنفعة عدة عقارات ، ويبع أحد هذه العقارات ، كما يحصل ذلك بالنسبة لحق المرور أو الصرف ، فان ازالة حق الارتفاق المقرر لمصلحة الأرض المبيعة لا يمنع بقاء الارتفاق لمصلحة الأراضى الأخرى . ولكن على كل حال يكون استعمال الجار حق الشفعة خطوة فى سبيل تخليص عقاره من حقوق الارتفاق التى تثقله [1] .

ولما كان حق الشفيع مبنيا هنا على كونه باستعماله الشفعة يزيل حق ارتفاق، فان سبب الشفعة ، وبالتالى حق الشفيع ، ينعدم اذا تنازل المشترى عن حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع .

وقد قضت المحاكم المختلطة والأهلية ، فى كثير من القضايا ، بذلك [2] .

غير أنه ليس للمشفوع منه أن يتنازل عن حق الارتفاق بعد رفع دعوى الشفعة ، لأنه بعمله هذا يغير الحالة الموجودة والنتائج القانونية التى تترتب على رفع الدعوى ، فيحرم الشفيع من حق مكتسب يقره القانون وقام هو بالمطالبة به [3] .

٩٣ — لعقار الشفيع حق ارتفاق على العقار المشفوع — أما علة منح حق الشفعة فى حالة ما يكون حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار

---

(١) دى هلتس ٨٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) — ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٠ .

استئناف أهلى ١٣ ديسمبر ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٢ ، ٥ فبراير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٣ — دى هلتس نبذة ٨٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) .

فغير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عينى ، ويبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هذا الحق ، مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار فى وجوده [١] . غير أنه يجوز أن يكون الشارع أراد من منح حق الشفعة فى هذه الحالة تخليص العقار المشفوع من حق الارتفاق الذى هو عبء ثقيل على حق الملكية .

٩٤ — **اشتراك عقارات أخرى فى حق الارتفاق** — قضت محكمة الاستئناف المختلطة [٢] بأنه اذا بنى طلب الشفعة على وجود حق ارتفاق بالصرف وجبت التفرقة بين المصارف الخاصة التى تعطى حق الشفعة والمصارف مشتركة الانتفاع التى لا تخول هذا الحق ، لأن الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق انما شرعت لازالة حق الارتفاق المقرر على أرض الشفيع لصالح الأرض المشفوع فيها أو العكس . فاذا كان حق الارتفاق مشتركا بين الشفيع والمشفوع منه وآخرين فلا تخول الشفعة دون بقاء حق الارتفاق لتعلق حق الغير به ، لأن الشفيع حتى لو صار مالكا للعقار لا يكون له الحق فى ازالة المصرف ، ومن ثم لا يتحقق الغرض الذى من أجله قرر القانون حق الشفعة بسبب وجود حق ارتفاق ، فلا محل اذن للشفعة .

ونحن لا نوافق على ما قرره هذا الحكم ، فان القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذى على عقار الشفيع مقررا لمصلحة المشفوع منه دون غيره ، وسبق أن قلنا ان استعمال حق الشفعة فى مثل هذه الحالة يكون خطوة فى سبيل تخليص العقار من عبء الارتفاق الذى يثقله [٣] .

---

(١) دى هلتس نبذة ٧٩ .

(٢) ٨ ابريل ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٩٩) المحاماة ٨ رقم ١٦٩ ص ٢٣١ الجدول العشرى الأول لمجلة المحاماة رقم ٩٩٩ .

(٣) راجع نبذة ٩٢ .

شرط التلاصق

٩٥ — التلاصق هو الشرط الأساسي فى الشفعة بسبب الجوار — يرى مما سبق خاصا بأحوال الجار أن الشرط الأساسى لاستعمال الجار حق الشفعة هو التلاصق المباشر بين عقاره والعقار المشفوع (١) .

وكل فاصل مهما كان صغيرا يكفى لمنع استعمال هذا الحق (٢) .

ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت طلب الشفعة (٣) .

وعلى الشفيع أن يثبت صفة كونه جارا ملاصقا وقت البيع ، فان لم يثبت التلاصق اثباتا كافيا فيجب رفض الشفعة (٤) .

ولتقدير ما اذا كان للشفيع صفة الجار الملاصق فى وقت البيع الحاصل للمشفوع منه يرجع الى عقد تمليكه الأصلى اذا لم يكن مطعونا فيه بالتدليس ، وذلك بصرف النظر عن كل تاريخ ثابت (٥) .

ويثبت الجوار والملاصقة بالمعاينة (٦) .

٩٦ — التلاصق فى حالة تعدد العقارات المبيعة : اذا كان المبيع عقارات متعددة تجب التفرقة بين ما اذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض أو كانت متصلة .

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) ، ٣ يونيه ١٩١٥ (٢٧ ص ٣٨٨) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٦ نوفبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥ .

(٥) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) — راجع ما سيجىء نبذة ١١١ .

(٦) فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

فاذا كانت العقارات منفصلا بعضها عن بعض فيجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقارات التى توجد شروط الشفعة بالنسبة لها ، لا العقارات الأخرى التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة ، والتى لا يمكن أن يستعمل حقه بالنسبة لها فيما لو بيعت مستقلة [1] .

غير أنه اذا كانت العقارات غير متصلة ، ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، بحيث ان استعمال حق الشفعة بالنسبة لجزء منها يجعلها غير صالحة بالنسبة للباقى ، كما اذا بيعت قطع متفرقة من الأرض منفصل بعضها عن بعض ، وكانت معدة للانتفاع بما ينتج من محصولها فى ادارة وابور لحلاجة القطن أو فاوريقة سكر ، فيجوز فى هذه الحالة للمشترى أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة ، حتى لا يترك له أجزاء من المبيع لا تحقق الغرض الذى كان يقصده

---

(١) راجع استئناف أهلى ١٦ فبراير ١٩٠٧ المحاكم ٢٠ ص ٤٢٢٦ الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ : اذا بيع فى عقد واحد عقاران مستقلان عن بعضهما فطلب أخذ أحدهما بالشفعة لا يعد تجزئة للصفقة ، لأن الجمع بين البيعين فى عقد واحد لا ينافى انفصالهما قانونا .

واستئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : فى حالة بيع بائعين ملكين مستقلين لمشتر واحد ولو أن هذين الملكين يكونان بعد البيع فى يد المشترى ملكا واحدا فانه ليس للجار أن يستعمل الشفعة الا اذا ثبت أن الشروط التى يتطلبها القانون لاستعمال حق الشفعة متوافرة بالنسبة لكل من الملكين .

واستئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠١ : اذا اشترى جملة أشخاص بعقد واحد عدة قطع من الأرض مفروزة معينة فالجار الذى يرغب فى أن يشفع فى كل هذه القطع يجب عليه أن يثبت توافر الشروط التى حتمها القانون ، وذلك بالنسبة لكل قطعة ، وليس له أن يأخذ بالشفعة قطعة ليست مجاورة له بحجة أنها مجاورة لقطعة أخرى ملازقة .

راجع أيضا : الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٥ — استئناف مختلط أول مارس ١٩٠٠ (١٢ ص ١٤٣) ، ٤ يناير ١٩٠٦ (١٨ ص ٩١) ، ٢٨ نوفبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) .

من الشراء [١] .

واذا شمل البيع جملة عقـارات ، وكان مقدرا لها ثمن واحد ، فان قيمة العقار المشفوع تقدر ، بواسطة تعيين خبراء ، بنسبة الثمن المقدر لـكل الصفقة [٢] ، مع مراعاة مساحة العقار المشفوع وموقعه وصقعه [٣] .

واذا كان بالأرض الزراعية المبيعة بناء ، وكان الشفيع غير محتاج اليه ، فليس له أن يطلب الأرض من غير البناء ، مع خصم قيمته ، بل يجب عليه أن يأخذ بالشفعة كل ما هو داخل فى الشراء [٤] .

أما اذا كانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقارات .

وكذلك الحال فيما اذا كانت العقارات المبيعة بعضها متصل و بعضها غير متصل . غير أنه يجب مراعاة ما تقدم ذكره فى حالة ما اذا كان الغرض من

---

(١) دى هلتس نبذة ٩٥ ، ٧١ — فتحى زغلول باشا ص ٩١ — الاسكندرية الابتدائية الأهلية ١١ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٥ .

(٢) راجع استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ : متى كان طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان فيختلف بالضرورة عرض الشفيع فى مقدار الثمن بالنسبة للثمن الاجمالى الوارد فى عقـد البيع ، وفى هذه الظروف يتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لائقا أم لا ، ولها الحق للوصول لهذا الغرض فى أن تعين خبيرا لتقدير قيمة الأطيان المشفوع فيها ، واذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض فيتعين عليها اعتبار صحته .

واستئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٩) : فى حالة بيع قطعتى أرض اذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة على حساب القطعة الأخرى غير الخاضعة للشفعة بقصد منع استعمال هذا الحق من غير أن يزاد ثمن البيع الاجمالى فان للقـاضى أن يحدد الثمن الحقيق المستحق من الشفيع .

(٣) دى هلتس نبذة ٢٧ — استئناف مختلط ١٠ يونيه ١٩٢٤ (٣٦ ص ٤٢٤) ، ٥ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٣٣) .

(٤) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) — دى هلتس نبذة ٩٨ .

الصفقة عملا واحدا [١] .

٩٧ — **مجرد المجاورة لا يكفى** — يرى أيضا مما تقدم خاصا بالجيران أن قانون الشفعة لا يكتفى بمجرد التلاصق ، بل يشترط شرطا آخر ، وهو أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء فى المدن أو القرى ، أو أن يكون متلاصقا من جهتين ، أو أن يكون له أو عليه حق ارتفاق ، وهذا خلافا لأحكام المجموعة المدنية التى كانت تكتفى بمجرد التلاصق كما تقدم .

٩٨ — **انعدام التلاصق** — رأينا فيما تقدم أنه يجب فى كل الأحوال أن يكون عقار الشفيع ملتصقا بالعقار المشفوع ، والا فلا يعتبر جارا [٢] .

وينعدم الالتصاق فى الأحوال الآتية :

(ا) بوجود قطعة أرض مملوكة للغير بين العقار المشفوع والعقار المشفوع به [٣] .

(ب) بوجود قطعة أرض مملوكة للبائع بين العقارين . فيجوز مثلا للبائع أن يحتفظ — اذا وجد مصلحة له فى ذلك — بجزء من الأرض ، بين الأرض التى يبيعها وأرض الجار ، ولا يمكن أن يوصف عمله هذا بأنه مخالف للقانون ، الا فى الحالة التى يحتفظ فيها بقطعة صغيرة من الأرض لم تترك الا بقصد منع الشفعة [٤] .

أما فى الحالة التى تكون فيها القطعة المتروكة حقيقية ، وتبقى مقيـدة باسم البائع ، ويدفع عنها الضرائب ، فلا شفعة لعدم التلاصق [٥] .

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٤٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (٢٤ ص ٢٣٢) .

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) .

(٥) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ٥٥) — راجع أيضا النبذ التالية .

(ج) بوجود طريق عمومي أو ترعة عمومية أو مصرف عمومي [١] .

ولكن الطرق والترع والمصارف الخصوصية المملوكة للبائع أو للشفيع لا تمنع الشفعة ، لأنها تبقى مملوكة لمن أنشأها وتتبع الأرض . فان كانت مملوكة للغير فانها تمنعها [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) ، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٣٢٢ ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ١٦ ابريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٩٠) .

راجع أيضا ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) : لا شفعة للجار الذى يفصل عقاره عن العقار المبيع ترعة معدة لخدمة عدة قرى وتطهر سنويا بمعرفة الحكومة ، فهى ترعة عمومية وتمنع التلاصق .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٧ .

راجع العطارين الجزئية ١٣ اكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٦ : ان الطرق الخصوصية التى يحدثها المالك فى أرضه لتجزئتها وبيعها قطعا منفصلة عن بعضها تعتبر فاصلا مانعا من الأخذ بالشفعة .

واستئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) : اذا حصل عند بيع جزء من الأرض أن البائع والمشترى تعهدا بترك مسافة تبقى من غير بناء ، ويؤخذ جزء منها من الأرض المبيعة وجزء من الباقى من أرض البائع ، فان هذا الشرط الذى لا يتضمن ترك ملكية الأرض التى يجوز للعاقدين أن ينتفعا بها أى انتفاع يريدانه لا يزيل التلاصق ، فيبقى حق الشفعة .

واستئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٢١) : اذا كانت الترعة المشتركة بين الجارين لا يمكن ازالتها الا برضاء الغير فانها تمنع التلاصق وتحول دون استعمال حق الشفعة — راجع أيضا ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) .

واستئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ٤٩) المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٠ : لا يحول الطريق الخاص المملوك للشفيع والمشفوع منه دون حق الشفعة . ولكن الأمر يصبح بالعكس فى حالة قسمة مساحة واسعة الى قطع بقدر عدد الشركاء اذا بقى هؤلاء شركاء على الشيوع فى الطرق التى أنشئت وفقا لعقد القسمة . فلا شفعة فى هذه الحالة ، لأن هذه الطرق لا تزال فى حالة الشيوع التى كانت عليها ، فتبقى مملوكة لمجموع المتقاسمين الذين يستعملون حق المرور فيها بمقتضى حق ملكيتهم ولها ذاتية مستقلة عن الأملاك المتصلة بها .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٩ مارس ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٠٢) ، ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) ، ١٠ ديسمبر ١٩١٨ (٣١ ص ٥٧) .

واذا كانت الأرض التى تفصل بين عقار الشفيع وعقار المشفوع منه مملوكة لهذا الأخير ، وما دام أنها لم تكن داخلة فى البيع الذى بسببه استعملت الشفعة ، فلا محل للشفعة لعدم توافر شرط التلاصق [1] .

٩٩ — استعمال الحيل لمنع الشفعة — قد يستعمل البائع والمشترى بعض الحيل لاسقاط حق الشفعة ، كأن يتركا قطعة أرض صغيرة تحول بين الأرض المبيعة والأرض المشفوع بها ، أو كأن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع . وسنبين أحكام ذلك فى الشريعة الاسلامية ، ثم فى القانون .

١٠٠ — فى الشريعة الاسلامية — ذكر فقهاء الشرع وجوها كثيرة من الحيل التى تستعمل لحرمان الشفيع من استحقاق الشفعة ، واختلفوا فى جوازها .

فمن رأى أبى حنيفة والشافعى أنه يجوز الاحتيال لاسقاط الشفعة ، وهى من الحقوق غير المستحبة .

ومن رأى مالك وأحمد عدم جواز الاحتيال على اسقاط الشفعة .

ووجه الرأى الأول استنباط الحيلة من الكتاب والسنة .

ويقول أصحاب الرأى الثانى ان الحيلة انما هى رخصة لضعفاء المؤمنين [2] ، والتحيل لابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لابطالها لكان عودا على مقصود الشريعة بالابطال ، ويلحق الضرر الذى قصد ابطاله .

ومن الحيل التى ذكروها [3] :

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٣) .

(٢) الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٧ .

(٣) راجع اعلام الموقعين ٣ ص ٢٢٩ وما بعدها .

(ا) أن يتفقا على مقدار الثمن ، ثم عند العقد يصبره صبرة غير موزونة ، فلا يعرف الشفيع ما يدفع . وقالوا اذا فعلا ذلك فللشفيع أن يستحلف المشترى أنه لا يعرف قدر الثمن ، فان نكل قضى عليه بنكوله ، وان حلف فللشفيع أخذ الشقص بقيمته .

(ب) أن يهب الشقص للمشترى ، ثم يهبه المشترى ما يرضيه . وهذا لا يسقط الشفعة ، وهو بيع ، وان لم يتلفظا به ، فله أن يأخذ الشقص بنظير الموهوب .

(ج) أن يشترى الشقص ويضم اليه سكينا أو منديلا بألف درهم فتصير حصة الشقص من الثمن مجهولة . وقالوا ان هذا لا يسقط الشفعة ، بل يأخذ الشفيع الشقص بقيمته ، كما لو استحق أحد العوضين وأراد المشترى أخذ الآخر فانه يأخذ بحصته من الثمن ان انقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، والا فبقيمته . وهذا الشقص مستحق شرعا ، فان الشارع جعل الشفيع أحق به من المشترى بثمنه ، فلا يسقط حقه بالحيلة .

(د) أن يشترى الشقص بألف وهو يساوى مائة ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، وهذا لا يسقط الشفعة ، و يأخذه الشفيع بما بقى من الثمن بعد الاسقاط وهو الذى يرجع به اذا استحق المبيع .

(ه) أن يشترى جزء من الشقص بالثمن كله ، ثم يهب له بقية الشقص. وهذا لا يسقطها و يأخذ الشفيع الشقص كله بالثمن ، فان هذه الهبة لا حقيقة لها ، والموهوب هو المبيع بعينه ، ولا تغير حقائق العقود وأحكامها التى شرعت فيها بتغير العبارة .

١٠١ — **فى القانوں** — قد تضاربت أحكام المحاكم أيضا فى جواز التحايل لاسقاط الشفعة .

١٠٢ — **أحكام المحاكم الأهلية** — قررت بعض المحاكم الأهليـة أن قواعد القانون تقضى بعدم اعتبار الحيل التى يكون القصد منها اسقاط الحقوق .

فاذا باع أحد عقارا الا جزءا صغيرا منه[١] مجاورا للشفيع بقصد منعه من الأخذ بالشفعة ، بحجة أن ما هو مجاور له لم يبع ، وكان ذلك الجزء مما لا يمكن الانتفاع به ، كان هذا العمل حيلة غير جائزة ، وتحكم المحكمة بحق الشفعة[٢] ، لأن القانون متى أعطى حقا لشخص فلا يجوز سلبه منه بحيلة من الحيل[٣] .

وقرر البعض الآخر من المحاكم أنه اذا كان الجوار غير متصل فلا شفعة ، ولا يجوز الاحتجاج بأن هناك حيلة لمنع الشفعة ، كعدم بيع الجزء الصغير المجاور

---

(١) ثمن فدان (حكم ٦ ينـاير ١٩٠٣) — شريط من الأرض رفيع طويل لا يصلح للانتفاع به (حكم طنطا ١٦ يونيه ١٩١٨) .

(٢) اسـتئناف أول ديسمبر ١٨٩٦ (دائرة حامد محمود بك ومسيو دى هلتس وقاسم أمين بك) الحقوق ١٢ ص ٩ ، ٦ يناير ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٧٢ ص ١٦٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٥ الحقوق ١٨ ص ١٨٠ الاستقلال ٢ رقم ١٣٦ ص ١٦٣ .

(٣) ١٠ يونيه ١٩٠٢ الحقوق ١٧ص ٢٤٢ الاستقلال ١ ص ٣٧٠ .

راجع أيضا حكم بنى سويف استئناف ٦ مارس ١٨٩٨ (دائرة مظهر بك والقاضى ابراهيم أمين والقاضى وهبه حنا) القضا ٥ ص ٢١٨ الحقوق ١٣ ص ٢٥٠ . وقد قرر : أن الشفعة حق مدنى كسائر الحقوق لا يجوز لأحد استعمال الحيلة لاسقاط حق غيره فيها ، من ذلك ما اذا ترك البائع لنفسه الجزء المجاور للشفيع ولم يبعه الا بعد بيع باقى العين المشفوعة بزمن قليل بدون أن يبين السبب .

طنطا الابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ : ان استعمال الحيلة لاسـقاط حق الشفعة غير جائز ، مثل ما لو ترك البائع جزءا من الأرض المبيعة رفيعا طويلا فى ملـكيته لأجل منع ملاصقة الجوار ، مع أن الجزء المذكور لا نفع منه للبائع بشىء .

واستئناف مصر الأهلية ٢٧ يونيه ١٩٢٨ (دائرة حسين درويش باشا ومصطفى محمد بك واترىى أبو العز بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٢ ، وقد جاء فيه : بالرغم من ترك جزء من الأرض دون بيع للحيلولة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها يعتبر الشفيع جارا له حق الشفعة فى الأرض المبيعة .

راجع فتحى زغلول باشا ص ٨٧ .

للشفيع منعا للجوار ، لأن هذه الحيل جائزة شرعا ، والشريعة الغراء أساس حق الشفعة [١] .

١٠٣ — أحكام المحاكم المختلطة — صدرت أحكام عدة من المحاكم المختلطة قضت أيضا بأنه اذا باع شخص أرضا ، وأبقى منها لنفسه قطعة صغيرة ، فمن حيث ان مساحة تلك القطعة ليست حقيقية ، بل هى وهمية ، فلا يمكن اعتبارها كفاصل بين العقارين الواقعة هى على حدهما ، وابقاؤه القطعة المذكورة على ذمته لا تتصف به صفة عمل صحيح معتبر ، بل صفة احتيال وغش مغاير للقانون فى حق من له الأخذ بالشفعة [٢] . أما اذا كانت قطعة الأرض حقيقية ، وبقيت على ذمته ، فانها تمنع من الشفعة [٣] .

١٠٤ — رأينا — وعندنا أن الرأى الأخير هو الذى يجب العمل به ،

---

(١) استئناف ٤ يناير ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحى ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ ص ١٥٩ القضاء ٥ ص ٢٩٢ .

راجع أيضا دشنا ٢٩ مارس ١٨٩٩ (القاضي أحمد محمود) الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ ، وقد جاء فيه :

ان حق الشفعة هو حق ضعيف جدا ، وقد أوجدته الشريعة الغراء دون باقى الشرائع لمنع ضرر موهوم ، وهو اتقاء شر الجار الجديد ، الذى ربما تكون مجاورته للشفيع تعود عليه بالضرر ، وربما يكون أقل ضررا ممن قبله ، ولأجل ذلك قد ضيقت الشريعة الغراء فى اكتساب هذا الحق ، وأباحت الحيلة للتخلص منه ، ومن طرق الحيلة ترك الجزء المجاور للشفيع من العقار المبيع بدون بيع وبيع الباقى ، فان هذا الجزء مهما قل ، حتى ولو كان شبرا ، يمنع شفعة الجار لأنه باق حكما فى ملكية المالك الأصلى يستطيع أن يبيعه ثانية ، فيكون فيه شفعة ، ويستطيع أن يهبه أو يرهنه ، واذ ذاك فلا شفعة فيه .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ فبراير ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٦) ، ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٣٢) ، ٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٤١) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) ، ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) ، ٣ يونيه ١٩١٥ (٢٧ ص ٣١٨) — قارن ١٤ نوفمبر ١٨٩٤ (٧ ص ٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦ .

فالشفعة حق مدنى مقرر فى القانون ، ومتى كان الأمر كذلك فانه لا يجوز التحايل على اسقاطه ، كما هو الحال بالنسبة لسائر الحقوق المدنية . ولو رجعنا الى أحكام الشريعة فاننا نجد كما تقدم كثيرا من الفقهاء لا يقر استعمال الحيل لاسقاط هذا الحق.

فاذا باع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة وهبه الجزء المجاور للشفيع ، فانه يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجىء اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية بما فى ذلك الجزء الموهوب (١) .

ولما كان التحايل غشا فيجوز اثباته بكل الطرق القانونية ، بما فى ذلك الاثبات بالبينة و بالقرائن (٢) .

ملكية الجار

١٠٥ — يجب أن يكون الجار مالكا — فاذا لم يكن الجار مالكا ، كما اذا كان صاحب حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو كان مستأجرا فلا شفعة له (٣) .

ولا يحتج بالمادة ٢ من قانون الشفعة التى تعتبر صاحب حق الانتفاع شريكا ، لأن نصها مقصور على حالة من له حق الانتفاع فى العقار المشفوع ، لا فى العقار المشفوع به (٤) .

١٠٦ — الجار مالك على الشيوع — راجع نبذة ١١٣ .

١٠٧ — هل للجار أن يشفع فى حصة بيعت على الشيوع ؟

قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الجار فى الشفعة لا ينحصر فى

---

(١) دى هلتس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ .

(٢) زكى العرابى بك ص ٣٢ نبذة ٤٩ .

(٣) فورجير ص ٣١٠ — راجع نبذة ٨٣ بخصوص المحتكر .

(٤) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٨٠ .

العقارات المفروزة المحدودة ، ولـكنه يكون أيضا فى الحصة الشائعة فى العقارات التى يكون مجاورا لها ، غير أنه فى هذه الحالة لا يمكن الجار أن يستعمل حقه الا اذا تنازل الشركاء فى الملك الشائع عن حقهم ، أو اذا سقط حقهم فيها ، لأن الشريك فى الملك مقدم على الجار كما تقدم (١) .

ويرى الأستاذ زكى العرابى بك عكس هذا الرأى ، اذ يقول ان الشفعة هنا هى بسبب الجوار ، وهو غير مؤكد فى هـذه الحالة ، لأن بيع الحصة المشاعة هو فى الحقيقة بيع ما ستؤول اليه هذه الحصة بعد القسمة ، وما الشيوع الا حالة وقتية لحين الفرز ، وقد تؤول الحصة المبيعة الى جزء غير مجاور للشفيع ، ولذلك فان حق الجـار فى الشفعة يكون موقوفا على نتيجة القسمة ، فاذا آلت الحصة المبيعة الى جزء مجاور له ثبتت الشفعة ، والا فلا ، لأنه لا يكون جارا لما يقع فى الجانب الآخر ، وليس فى قانون الشفعة ما يفيد أن حق الشفعة هنا هو حق بات، والشفعة حق استثنائى لا يجوز التوسع فى تأويله (٢) .

ونحن نخالف رأى الأستاذ زكى العرابى بك ، ونرى رأى المحكمة المختلطة ، لأنه وقت بيع الحصة الشائعة فى العقار الملازق لعقار الجار الشفيع يكون شرط الجوار متوافرا ، اذ أن الحصة المبيعة تـكون شائعة فى كل أجزاء العقار الملازق للجار الشفيع ، وليس فى القانون ما يقضى بأن يتوقف حق الجار على نتيجة القسمة. وقد لا تطلب القسمة ، فيضيع الغرض الذى من أجله شرعت الشفعة . وقد تطلب القسمة وتؤول الحصة المبيعة الى جزء مجاور ، ولـكن بما أن للقسمة أثرا رجعيا فيعتبر مشترى الحصة الشائعة أنه كان دائما مالـكا للجزء المجاور الذى آل اليه ، واذا لم يكن الجار قد طلب الشفعة عند البيع — وما كان يمكنه ذلك بحسب رأى الأستاذ العرابى بك الذى يقول بوقف حق الشفيع حتى تحصل القسمة —

---

(١) ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) ، ٦ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٤٩) ، ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) .

(٢) زكى العرابى بك نبذة ٥٨ ص ٣٥ — ٣٦ .

تـكون النتيجة أن المشترى يدفع بسقوط حق الجار الشفيع لعدم مطالبته بالشفعة فى ذلك الوقت ، كما يقضى بذلك القانون [١] .

١٠٨ — ليس لغير الشفعاء المذكورين فى القانون حق الأخذ بالشفعة — ان الغرض الذى قصده القانون من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوعة ، وقد بينهم القانون بمراتبهم ، فأباح لهم دفعا لهذا الضرر المحتمل ، أن يأخذوا الصفقة لأنفسهم ، فيحلوا محل المشترى على الرغم منه ومن البائع ، ولذا لا يمكن لغير الشفعاء الذين عينهم القـانون أن يستفيد من ذلك الحق الاستثنائى ، لا مباشرة ولا بطريق التحايل [٢] .

ملـكية الشفيع

١٠٩ — يجب أن يكون الشفيع مالكا — يشـــترط فى الشريعة الاسلامية [٣] ، وفى القانون ، أن يكون الشفيع ، وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، مالـكا للعقار المشفوع .

والقانون صريح فى هذا الشرط ، فقد أعطت المادة الأولى من قانون الشفعة حق الشفعة للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع Copropriétaire indivis ، أى الشريك فى الملك المشاع ، وكذلك للجار المالك propriétaire voisin ، وخولته المادة لمالك الرقبة le nu propriétaire .

ولـكن بطريق الاستثناء أعطى القانون حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع

---

(١) ويقول الدكتور محمود فهمى (ص ١٧٠) ان نقد الأستاذ زكى العرابى بك صحيح من حيث المنطق والقانون البحت ، ولـكن من الوجهة العملية رأى القضاء أقل تعقيدا وأكثر فائدة .

(٢) طنطا الابتدائية ٢٢ ابريل ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) الحقوق ٣٤ ص ١٤١ المجموعة ٢٠ رقم ٢٣ ص ٢٧ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٤ — المجلة المادة ١٠١٨ .

celui qui a un droit d'usufruit كما تقدم[١] .

فلو أوصى لرجل بدار ، ولم يعلم حتى بيعت دار بجنبها ، ثم قبل الوصية ، فلا شفعة له ، لأنه حين البيع لم يكن قد تملك الدار المشفوع بها ، اذ لا يملكها الا بقبوله الوصية .

أما لو مات قبل أن يعلم بالوصية ، ثم بيعت الدار بجنبها ، فادعى الورثة شفعتها ، فلهم ذلك ، لأن موته صار بمنزلة قبوله[٢] .

وان لم يكن بيد الشفيع سند ، أو كان العقد الذى قدمه لا يثبت حق ملكيته ثبوتا كافيا[٣] ، فانه يجوز له الاثبات بوضع اليد المعروف بالشهرة من زمن قديم quasi immémoriale[٤] .

ولا شفعة للشخص بدار يسكنها بالاجارة أو الاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجدا ، لأنه فى كل هذه الأحوال لا يكون مالكا[٥] .

وقد حكم بأن المستفيد bénéficiaire فى عقد وصف بأنه بيع وفاء ، والواقع أنه رهن مستتر بقصد تجنب أحكام القانون ، لا يمكنه ، استنادا على هذا العقد ، أن يستعمل حق الشفعة بصفته جارا ، لأن الشرط الأول للشفعة هو اثبات صفة المالك وقت بيع العقار المشفوع[٦] .

وحكم بأنه اذا وقع خلاف بين البائع والمشترى ، وكان خلافا جديا من شأنه أن يهدد بفسخ العقد الابتدائى ، مثل الخلاف على مقاس الأرض المبيعة ، فان

---

(١) نبذة ٧٢ وما بعدها .

(٢) الفتاوى الهندية ص ١٦٤ — الخانية ص ٥٥٤ — سليم باز على المادة ١٠١٨ من المجلة .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٤ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

(٤) فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٥) المجلة المادة ١٠١٨ — البدائع ٥ ص ١٤ .

(٦) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١٤) .

المشترى لا يستطيع الادعاء بأنه صار مالكا من تاريخ هذا العقد ، وأنه بناء على ذلك يمكنه أن يشفع فى العقار المجاور المبيع قبل تسوية الخلاف المتقدم وقبل الشروع فى تحرير عقد البيع النهائى[١] .

١١٠ — يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع — لا تقبل الشفعة الا اذا كان ملك الشفيع لما يشفع به سابقا وجوده وثبوته على ملك المشفوع عليه للعقار الذى يرغب أخذه بالشفعة[٢] .

ولا ثبوت للشفعة بما يتجدد ملكه للشفيع بعد امتلاك المشفوع عليه . ولا شفعة اذا باع الشفيع العقار الذى يشفع به أو جعله وقفا[٣] .

فحق الشفعة ينشأ بسبب بيع أحد العقارات ، وفى وقت هذا البيع ، ولمصلحة الشفعاء الحاليين وحدهم ، فلا يكون لمن يتلقون الحق عنهم بصفة خاصة أو بصفة عامة à titre universel ou particulier[٤] .

١١١ — اثبات أسبقية ملك الشفيع — على الشفيع اثبات كونه مالكا وقت شراء العقار المراد أخذه بالشفعة ، أى قبل تملك المشفوع عليه ، لا بعده[٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يونيه ١٩٢٠ (٣٢ ص ٣٦٢) .

(٢) استئناف أهلى ١٧ مايو ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوريت بك) الحقوق ٩ ص ٢٠٢ — استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٥) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) ، أول مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ١٨٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) — البدائع ٥ ص ١٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٤٩) ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) ، ٢٨ نوفبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٢٠) — راجع الآراء المختلفة عن توارث حق الشفعة .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ نوفبر ١٩٠٨ (٢١ ص ١٥) ، ٢٠ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٥٥) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ١٥٦ .

ويرجع فى اثبات هذه الأسبقية الى التاريخ الحقيق لملكية الشفيع[١] ، وهو ما يصح اثباته بكل طرق الاثبات .

وليس الشفيع مقيدا بالطرق المدونة فى المادة ٢٢٩ مدنى لاثبات التاريخ[٢] .

١١٢ — بقاء ملكية الشفيع لحين الأخذ بالشفعة — يشترط أن يبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى يتملك المشفوع بالقضاء أو الرضاء[٣] .

ولا يهم زوال ملكيته بعد ذلك ، لأنه بالقضاء أو بالرضاء يصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨ من قانون الشفعة) .

وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، فقد جاء فى حاشية الشلبى[٤] :

---

(١) نبذة ١١٠ .

(٢) راجع الزقازيق الابتدائية ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك ومحمد زكى خليل بك والقاضى محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ : « وحيث ان المادة ٢٢٨ مدنى الواردة فى باب اثبات الديون واثبات التخلص منها قضت بما يأتى (لكنها ، أى المحررات غير الرسمية ، لا تكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتا ثبوتا رسميا) . . .

« وحيث ان العقود التى تحصل أمام مأمورى العقود تاريخها يثبت بطريقة قاطعة . أما العقود العرفية فيمكن العاقدان أن يضعا لها تاريخا سابقا على تاريخ حصولها ، وهذا الخطر لا يقع بطبيعة الحال على من لم يكن طرفا فى العقد ولا على المتعاقدين الملزمين باحترام ما تعاقدوا عليه ، بغض النظر عن تاريخ العقود ، انما يقع على من تلق حقا من شخص تعاقد بعد ذلك مع آخر وجعل لتعاقده تاريخا أسبق من تاريخ التعاقد الأول ، ليحرم بذلك المتعاقد الأول من ثمرة ما تعاقد عليه كله أو بعضه ، وهو ما أراد الشارع تلافيه بالنص على ضرورة اثبات التاريخ .

« وحيث ان الشفيع يتلق ملكيته من شخص ، والمشفوع منه يتلقاها من آخر ، وحق ملكية كل منهما منصب على عين خلاف العين المنصبة عليها ملكية الآخر ، ولا علاقة تربطهما ببعض ، وهما وان كانا أجنبيين عن بعضهما فان الشفيع ليس من طبقة من سمتهم المادة ٢٢٨ بغير المتعاقدين ، ولذا فلا ضرورة بينهما لاثبات التاريخ ، انما العبرة بالتاريخ الحقيق لملكية كل منهما » .

راجع أيضا استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) .

(٣) سليم باز على المادة ١٠١٨ .

(٤) بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ .

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الكافى فان كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة ، لأنه قد ملك الدار بالقبض ، فصار جارا عنـد وقوع البيع ، فاذا قضى القاضى له بالشفعة ، ثم ردت الدار (التى شفع بها) لفساد البيع ، لم تبطل الشفعة ، لأن القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك فى داره ، لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق ، وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته ، لأن قيام الجوار عنـد القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ، ولا شفعة للبائع أيضا فيها ، لأن جواره حادث بعد البيع .

ومثل ذلك جاء فى الزيلعى[١] .

وفى الهداية أيضا أن بقاء ملك الشفيع فى التى يشفع بها بعد الحـكم ليس بشرط[٢] .

١١٣ — الشريك المشاع فى ملكية العين المشفوع بها — لا يشترط أن يكون الشفيع مالـكا لـكل العين التى يشفع بها ، بل يكفى أن يكون شريكا فيها فقط[٣] .

---

(١) ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) حاشية الشلبى ص ٢٥٥ .

وفى الخانية (ص ٥٤١) : لو جعل الشفيع داره التى يستحق الشفعة بها مسجدا أو وقفها وقفا مسجلا أو جعلها مقبرة ثم قضى له القاضى بالشفعة فانه لا يكون شفيعا للدار الثانية ، لأن قيام الملك له فيما يستحق به الشفعة شرط وقت القضاء .

والمسجد والوقف المسجل بمنزلة الزائل عن ملـكه .

(٣) استئناف أهلى ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقـلال ٣ ص ٢٦ ، ٢٣ نوفبر ١٩٢٦ المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ — كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ (القاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ — استئناف مختلط ٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) ، ١٦ يونيه ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) .

ولـكن محكمة بنى سويف الجزئية [١] حكمت بعكس ذلك ، اذ قررت أن لا شفعة لمن يملك حصة شائعة فى عقار مجاور للعين المشفوع فيها لعدم قيام السبب . وقد جاء فى أسباب حكمها :

« وحيث ان من يملك حصة مشاعة هو فى الواقع مالك الى ما ستؤول اليه هذه الحصة عند القسمة .

« وحيث انه لذلك يكون سبب الشـفعة غير قائم الآن ، وغير محقق مستقبلا ، بل وضعيف الاحتمال ، اذ لا يملك المدعى الا جزءا من أربعة وثلاثين من العين المجاورة ، ويكون احتمال مجاورة نصيبه عند القسمة للعين المشفوع فيهـا من حدين مجاورة كافية لأن يشفع بها أضعف احتمال بكثير كما لا يخفى .

« وحيث ان ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها المشار اليه فى لنتز جزء ثانى نمرة ٨٣٧٧ ، ومحكمة كفر الزيات ٣ يونيه ١٩٠٧ فى حكمهـا المنشور فى المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ، من أن المالك على الشيوع يملك فى كل ذرة يكفينا للرد عليه ما تقدم ، خصوصا أن الحصة الشائعة ما هى الا عبارة عما ستؤول اليه بالقسمة ، وأن المدعى وان كان يملك فى كل ذرة ، فانه لا يملك كل ذرة ، بل ولا يملك الجزء الكافى من كل ذرة ، أو كل ما يملـكه جزء من أربعة وثلاثين فقط . و يجب أن تكون المجاورة على امتداد كاف كثلث الحد أو نصفه ».

والظـاهر أن المحكمة تأثرت فى حكمها بتفـاهة نصيب الشفيع (جزء من أربع وثلاثين جزءا) .

ونحن لا نوافق على هذا الحـكم ، لأن ما يتطلبه القـانون من الشفيع هو أن يكون مالـكا وقت بيع العقـار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى الأخـذ بالشفعة . ولا يهم زوال ملـكيته بعد ذلك . فالجار الشريك فى الملك وقت طلب الشفـعة مالك ، اذ أنه يملك نصيبه فى كل جزء فى العقار ، وكل ذرة مجـاورة

---

(١) ٣١ يناير ١٩٢١ (القاضى أحمـد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢٠ ص ٥٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٤ .

للعقار المشفوع ، فاذا بقى مالـكا على الشيوع لحين الأخذ بالشفعة ، فانه يكون محقا فى طلب الشفعة . ولا يحتج علينا بأن الحصة الشائعة ما هى الا عبارة عما سيؤول بالقسمة ، وأنه قد تحصل القسمة فلا يؤول لطالب الشفعة الجزء المجاور للعقار المشفوع ، وبما أن للقسمة أثرا رجعيا فيعتبر أنه لم يملك بالمرة الجزء المجاور . ونرد على ذلك بما تقدم ، وهو أن ما يتطلبه القانون هو أن يكون الشفيع مالـكا ، وأن يظل كذلك لحين الأخذ بالشفعة ، وما الأثر الرجعى للقسمة الا افتراض قانونى قصد به حماية التصرفات التى يجريها من انتقل اليه الحق الشائع ، ولا يمكن أن يضر بحق الشريك فى الملك الذى توافرت فيه الشروط وطالب بالأخذ بالشفعة ، ولو وقفنا حقه فى طلب الشفعة حتى تحصل القسمة فقد لا تتم ، وهو الغالب ، الا بعد فوات مواعيد الشفعة .

١١٤ — لا يشترط انضمام كل الشائعين لطلب الشفعة —

للشريك على الشيوع طلب الشفعة وان لم يشترك معه باقى شركائه فى الملك ، وله أن يطلب بالشفعة كل العقار المبيع .

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف الأهلية ، حيث قررت أن للمالك على الشيوع الحق فى طلب الأخذ بالشفعة للعين المجاورة ، ولا يترتب على عدم انضمام باقى شركائه معه فى الدعوى سقوط حقه ، لأنه متى كانت ملكيته فى عين على المشاع فهو مالك لـكل جزء من أجزائها بقدر حصته [(١)] .

وقد قضت بذلك أيضا محكمة كفر الزيات [(٢)] ، حيث قررت « أن القانون منح حق الشفعة لـكل جار مالك بدون تمييز بين المنفرد بالملك والمشتاع ، ولا يمكن تجريد المشتاع من صفة الجار ، لأنه يملك فى كل جزء من العقار المجاور . وحيث ان حق الشفعة واحد لا يتجزأ ، فاذا قامت صفة الجار بشخص واحد كان له أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ، واذا قامت تلك الصفة بشخصين

---

(١) استئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة محمد مصطفى بك ومسيو سودان وزكى برزى بك) المجموعة ٢٨ رقم ٤٤ ص ٧١ .

(٢) ٣ يونيه ١٩٠٧ القاضى أحمد زكى أبو السعود المجموعة ٨ رقم ١١٩ ص ٢٥١ .

أو أكثر ، لامتلاكهم عقارا واحدا على الشيوع ، كان لهم أخذ العقار المبيع بالشفعة أيضا . وليس معنى أن لهؤلاء الشركاء حق الأخذ بالشفعة أن يكون لكل منهم جزء من هذا الحق ، وانما يثبت حق الشفعة لكل واحد منهم اذا انفرد ، ولهم جميعا اذا اجتمعوا ، فليس اجتماعهم ضروريا لصحة الطلب ، وانفراد أحدهم به جائز . ومما يؤيد هذا الرأى أحكام الشريعة الغراء فى الأحوال المماثلة لهذه التى منها تعدد الشفعاء اذا غاب أحدهم ، فلا ينتظر قدومه ، ولا يوقف نصيبه ، بل يقضى لمن يطلب من الحاضرين بالكل ، فان حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفيا شرائطها يقضى له بحقه ان لم يوجد مسقط له ، فان كان مثل الأول فى المرتبة يقضى له بما يخصه بنسبة ملكه الذى يشفع به »[(١)] .

١١٥ — **الشفيع مالك تحت شرط** — هل يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ملكا باتا ، أو يجوز له طلب الشفعة وان كان عقد تمليكه معلقا على شرط واقف Condition suspensive أو شرط فاسخ Condition résolutoire

من المعلوم أن العقد المعلق على شرط واقف لا يكون لازما ولا تنتقل فيه الملكية ، وأن العقد المعلق على شرط فاسخ يكون لازما وتنتقل فيه الملكية من يوم العقد .

ولكن الشرط قد يتحقق وقد يتخلف .

فان تخلف الشرط ، أى لم يتحقق ، فان كان واقفا فلا يتم العقد أصلا ، وان كان فاسخا فالعقد باق ونافذ .

واذا تحقق الشرط فانه يترتب على تحققه تأييد العقد ان كان الشرط واقفا ، واسقاطه ان كان فاسخا .

---

(١) راجع المادة ١٢٤ من مرشد الحيران — راجع أيضا استئناف مختلط ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٠ ص ١٣٩) ، ٤ يونيه ١٩٠٣ (١٥ ص ٣٤١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٨ ص ٣٦١ ، ١٦ يناير ١٩٣١ (٢٥ ص ١٣٩) — استئناف أهلى ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

ويعتبر التأييد أو الفسخ حاصلا من وقت العمل القانونى ، أى أن الشرط له أثر رجعى ، وذلك بناء على افتراض قانونى .

وفى بيع الوفاء ، وهو بيع على شرط خيـار الاسترداد للبائع [1] ، يكون البائع مالـكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشترى مالـكا تحت شرط فاسخ .

ولا فرق بين بيع الوفاء وبين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدمه محـدود الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيـين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع .

فاذا بيع عقار وكان الشفيع — الجار مثلا — مالـكا تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ هل تجوز له الشفعة ؟

وفى بيع الوفاء ، وقد اجتمع فيه كما تقدم المالك تحت شرط واقف ، وهو البائع وفاء ، والمالك تحت شرط فاسخ ، وهو المشترى وفاء ، هل تكون الشفعة لـكل من البائع وفاء والمشترى وفاء اذا بيع عقار بجوار العقار محل البيع الوفائى ؟ .

١١٦ — رأى أول — يمكن أن يقال انه ليس لغير المالك ملـكا باتا أن يطـالب بالشفعة ، فليس للمالك تحت شرط فاسخ أو واقف أن يطالب بها ، لأن كليهما لا يعتبر مالـكا ملكا باتا ، فالمالك تحت شرط فاسخ ، وان كان مالـكا وقت بيع العقار المراد أخذه بالشفعة ، فانه عند تحقق الشرط يزول ملـكه ، وبالنسبة للأثر الرجعى يعتبر أنه لم يكن مالـكا للعقار المشفوع به فى أى وقت ، ولذلك لم يكن محقا فى طلب الشفعة لـكونه غير مالك .

والمالك تحت شرط واقف لا يكون مالـكا وقت بيع العقار المشفوع ، ولذلك لا يجوز له طلب الشفعة .

ولـكن يرد على هذا الرأى بأن المالك تحت شرط فاسخ هو مالك وقت بيع العقار ، وقد يتخلف الشرط فتستقر له الملـكية ، ولذلك لا يكون حرمانه من

---

(١) مدنى ١٦٥٩/٤٢١/٣٣٨ .

حق الشفعة عادلا ، والمالك تحت شرط واقف وان لم يكن مالـكا وقت بيع العقار ، فانه اذا تحقق الشرط يصبح مالـكا ، ونظرا للأثر الرجعى يعتبر مالـكا من وقت تملـكه ، ولذلك لا يكون حرمانه من حق الشفعة عادلا .

١١٧ — رأى ثالث — الذى له طلب الشفعة هو المالك تحت شرط فاسخ — وفى بيع الوفاء المشترى وفاء — لأن الملـكية تنتقل اليه من وقت عقد تمليكه ، على عكس المالك تحت شرط واقف — وفى بيع الوفاء البائع وفاء — لأن الملـكية لا تـكون له الا اذا تحقق الشرط .

ونحن من هذا الرأى ، لأن شرط طلب الشفعة أن يـكون الشفيع مالـكا وقت بيع العقار المشفوع ، وأن يبقى كذلك حتى يتملك العقار المشفوع بالقضاء أو بالرضا ، فاذا زالت ملـكيته قبل ذلك سقط حقه ، ولا يهم زوال ملـكيته بعد الأخذ بالشفعة ، لأن الشفيع يصبح بالقضاء أو بالرضا مالـكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) [١] ، ويكون له أن يتصرف فى هذا العقار بعد ذلك .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة طنطا الابتدائية [٢] فى قضـية طالب فيها البائع وفاء بحق الشفعة فى عين بيعت وهى شـائعة فى الأطيان التى باعها وفاء ، فحـكمت بأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملـكا للمشترى ، فلم يعد المدعى ، وهو البائع ، شريكا فى العين المشفوعة ، بل الشريك فيهـا هو من حل محله ، وهو المشترى الذى صار مالـكا لهذا المبيع .

وأضافت المحـكمة أنه لذلك تـكون الشفعة لهذا المشترى ، دون بائعه ، اذا أراد . فاذا حكم بها وجب على البائع عند استرداد المبيع منه أن يأخذه مع العين المشفوعة (المادة ٣٤٧ مدنى) اذا طلب المشترى ذلك .

ورأى المحـكمة صحيح فى نظرنا من حيث المبـدأ الذى قررته ، وهو جواز

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ١١٢

(٢) ١٩ ابريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومستر لونج والقاضى غبريال سيدهم) المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ .

طلب الشفعة للمشترى وفاء .

ولكنا ، مع الأستاذ نجيب الهلالى بك ، لا نوافق المحكمة على ما قررته من أنه يجب على البائع وفاء ، عند استرداد المبيع ، أن يأخذ ، مع العين المستردة ، العقار المشفوع ، لأن المادة ٣٤٧ مدنى التى نصها :

« اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها » .

هذه المادة غير منطبقة ، اذ السبب فيها أن المشترى يكون مضطرا لشراء الحصة الباقية محافظة على المبيع حتى لا يخرج من يده ، فالثمن الذى يدفعه فى مقابلها يعتبر بمثابة مصاريف ضرورية صرفت منه لاستبقاء المبيع ، والمشترى يحق له أن يسترد ما أنفقه من هذه المصاريف . ومثال هذه الحالة : أن يبيع انسان لآخر وفاء نصف حمام شائعا فى الحمام كله ، فاذا طلب صاحب النصف الآخر قسمة الحمام عينا ، فتبين أنها متعذرة لعدم امكان الانتفاع بكل نصف على حدته ، وحصلت القسمة بطريق التصفية ، بأن بيع الحمام كله بالمزاد ، ثم اشتراه المشترى ، فيجوز للمشترى أن يلزم البائع بأخذ الحمام كله .

وفى القضية التى فصلت فيها محكمة طنطا لم يكن المشترى مضطرا لشراء الحصة التى أخذها بطريق الشفعة حتى يستبق المبيع فى يده ، ولا يمكن اعتبار ثمنها فى حكم المصاريف الضرورية التى استوجبتها ضرورة المحافظة على المبيع [١] .

وعندنا أن المالك تحت شرط فاسخ له أن يستبقى العين التى أخذها بالشفعة ، رغم تحقق الشرط وخروج العين التى شفع بها من تحت يده ، لأنه بالأخذ بالشفعة قد أصبح مالكا نهائيا للعقار المشفوع (المادة ١٨) .

وقد يعترض على هذا الرأى أنه بالاسترداد يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع وفاء ، وأن المشترى لم يملكه لحظة ، نظرا للأثر الرجعى للشرط ،

(١) نجيب الهلالى بك ، كتاب البيع ، ٧٥٣ .

وكأن المشترى قد شفع بعقار لم يملكه .

وردنا على ذلك أنه يشترط فى الشفيع كما تقدم أن يكون مالكا وقت المطالبة بالشفعة ، وأن يبقى كذلك حتى يقضى له بها ، فاذا ما أخذ بالشفعة أصبح مالكا نهائيا ، ولا يهم زوال ملكية العين المشفوع بها بعد ذلك .

١١٨ — رأى ثالث — هذا الرأى يقرر أن لكل من المالك تحت شرط فاسخ والمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة . وفقط اختلف أنصار هذا الرأى فى كيفية المطالبة ووقت حصولها :

(ا) فيقول الأستاذ زكى العرابى بك ، عند بحث ما اذا كان للمشترى وفاء أو البائع وفاء حق الشفعة :

بما أن الشفيع يلزم أن يكون مالكا لما يشفع به ، والملكية هنا معلقة بين البائع والمشترى ، ولا تستقر لهذا الأخير الا بفوات المدة مع عدم الفسخ ، ولا يمكن معرفة ذلك من قبل ، فيلزم أن يكون له حق الطلب ، وانما لا يقضى له الا بعد مضى المدة وعدم الفسخ ، أو يجوز القضاء فى الحال ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة ، واذا مضت المدة ولم يفسخ البيع استقر واستقرت الشفعة أيضا . كذلك اذا كان ملك الشفيع لما يشفع به معلقا وجوده على شرط فانه يكون له حق الطلب ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق هذا الشرط [١] .

ونعترض على هذا الرأى بما يأتى :

(١) كيف يكون للمالك تحت شرط طلب الشفعة مع عدم الاستمرار فى اجراآتها ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة ، فالواجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة والا سقط حقه ، وعلى المحكمة أن تحكم فى الدعوى على وجه السرعة . واذا فهم من الرأى السابق أنه يكون له أن يرفع الدعوى ،

---

(١) زكى العرابى بك ص ٢٩ — ٣٠ .

وانما لا يحكم له الا بعد مضى مدة الاسترداد وعدم الفسخ ، فكيف توقف الدعوى ، وما هو السند القانونى لذلك ؟

على أننا لو سلمنا بجواز وقف الدعوى ، فان مدة الاسترداد فى بيع الوفاء قد تصل الى خمس سنوات ، وهى مدة طويلة قد يعمل المشفوع عليه فى خلالها كل صنوف الأعمال الضارة التى من أجلها شرعت الشفعة . وقد تكون مدة الانتظار أكثر من خمس سنين اذا كان طالب الشفعة مالكا تحت شرط فى غير حالة بيع الوفاء ، ووقف الحكم له بالشفعة طول هذه المدة يضيع الغرض الذى من أجله شرع هذا الحق .

(٢) يجيز أيضا زكى العرابى بك القضاء فى الحال لطالب الشفعة ، انما يكون نفاذ الحكم مقيدا بنفس الشرط المقيد به الملك ، بحيث اذا فسخ البائع البيع سقط البيع ومعه الشفعة . وكان من الممكن الموافقة على وجهة النظر هذه ، فيما يتعلق بالمالك تحت شرط فاسخ ، لولا ما يترتب على اتباع ذلك من الصعوبات العملية الكثيرة ، لأنه اذا قضى لطالب الشفعة بملكية العقار المشفوع ، ثم تحقق الشرط فانفسخت ملكية الشفيع التى شفع بها ، فالى من يعود العقار المشفوع ، أيسلم الى البائع وفاء وهو لم يطلبه بالشفعة (وحتى اذا طلبه فمن رأينا أنه ليس له الحق فى ذلك لأنه لا يمكن أن يقال انه مالك وقت تملك العقار المشفوع) ، أم هل يرجع العقار المشفوع الى المشفوع عليه ، وقد لا يكون فى حاجة اليه فى ذلك الوقت ، وقد لا يكون عنده ما يدفع منه ثمنه مع ما استجد عليه من البناء أو الغراس ؟

(ب) ومن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك أنه لكل من البائع والمشترى وفاء « الحق فى انذار المشفوع منه باظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة طبقا للمادة ١٤ ، ويجب التربص حتى يتحقق حتما أحد الشرطين . فاذا تحقق الشرط من جهة كونه فاسخا ومن جهة كونه توقيفيا ، بأن استرد البائع عقاره ، صح له السير وقتئذ فى اتمام اجراآت الشفعة ، فيرفع دعوى الشفعة المنصوص عليها بالمادة ١٥ فى ظرف ثلاثين يوما من يوم تحقق الشرط فى أحد أيام الفترة المضروبة

بالعقد . ويعتبر لتحقق الشرط أثر رجعى بالنسبة لانذار الشفعة الموجه من البائع وفائيا (!) ، أى يعتبر أن هذا الانذار قد عمل فى ذات يوم تحقق الشرط . وعلى ذلك يزول أثر الانذار الآخر الموجه من المشترى وفائيا ، لأن ملكية هذا الأخير قد زالت . وعلى العكس مما تقدم فيما اذا لم يتحقق الشرط الفاسخ من جهة والتوقيفى من جهة أخرى ، وظل العقار بيد المشترى وفائيا وتأيدت الملكية لديه ، وجب عليه أن يعمل نفس ما كان يعمله البائع فيما اذا تحقق الشرط من جانب هذا الأخير . وبذا يزول أيضا أثر الانذار الموجه من البائع وفائيا [١] » .

ونرد على هذا الرأى بما يأتى :

(١) ان القول بأن انذار اظهار الرغبة يعتبر أنه عمل فى ذات يوم تحقق الشرط لا يمكن قبوله ، اذ لا سند قانونيا له ، فلا يمكن الأخذ به بدون تشريع جديد لذلك .

(٢) انه نظرا للأثر الرجعى للشرط يعتبر البائع وفاء — فى حالة تحقق الشرط — أنه كان دائما مالكا للعقار الذى بيع وفاء . فلذلك لا يمكن قبول دعوى الشفعة لرفعها بعد أكثر من ٣٠ يوما من اعلان اظهار الرغبة . واذا أخفق الشرط ، واستقرت الملكية للمشترى وفاء فانه يعتبر أنه كان مالكا ملكا باتا من يوم البيع الوفائى ، فاذا ما رفع الدعوى بعد انتهاء مدة الاسترداد فانها لا تقبل منه لمضى أكثر من ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة .

١١٩ — هل لواضع اليد الذى لم تتم مدة تقادمه حق الشفعة ؟ — اذا كان الشفيع واضعا يده على عقار بقصد تملكه ، ولكنه لم يتم مدة التقادم القصير (٥ سنين) ، أو الطويل (١٥ سنة) ، وبيع عقار مجاور ، فهل يكون له الحق فى الأخذ بالشفعة ولو أن مدة التقادم لم تتم ؟

نرى أنه ليس له هذا الحق ، اذ شرط طلب الشفعة أن يكون الشفيع مالكا ملكا ثابتا وقت بيع العقار المشفوع ، وهنا الشفيع لا يعتبر مالكا قبل تكامل

---

(١) كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٧٩ ص ٦٧١ .

مدة التقادم .

ومن رأى الأستاذ ذهنى بك [١] أن تملك واضع اليد معلق على شرط واقف ، وهو مضى المدة القانونية ، بالشروط المقررة لصحة وضع اليد ، والأمر فى ذلك يرجع الى نظرية جواز أو عدم جواز المطالبة بالشفعة عن عقود معلقة على شرط فاسخ أو واقف .

ومن جهتنا نحن فقد تقدم أن قررنا أنه ليس للمالك تحت شرط واقف أن يطالب بالشفعة [٢] .

١٢٠ — ما الحكم اذا كان عقد الشفيع باطلا ؟ — عقد الشفيع اما أن يكون باطلا بطلانا نسبيا ، أى فاسدا ، واما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، فاذا كان فاسدا فان العيب الذى يشوب العقد لا يمنع انتقال الملكية ، وانما يكون العقد قابلا للبطلان ، والذى له طلب البطلان هو من شرع البطلان فى مصلحته ، ولذلك نرى أنه يكون للشفيع ، اذا كان عقده فاسدا (كما اذا اشترى من ناقص الأهلية) ، أن يطالب بالشفعة ، وليس للمشفوع منه أن يدفع بالبطلان (والذى له أن يدفع بالبطلان هو ناقص الأهلية فى المثل المتقدم) .

أما اذا كان عقد الشفيع باطلا بطلانا مطلقا (كما اذا تملك بمقتضى هبة لم تحرر بعقد رسمى) فانه لا يجوز له أن يطالب بالشفعة ، ويجوز للمشفوع منه أن يدفع ببطلان عقد الشفيع .

١٢١ — عدم تسجيل عقد الشفيع — قبل قانون التسجيل الجديد قررت محكمة الزقازيق الابتدائية [٣] أن المادة ٦١١ مدنى التى جاء فيها « الحقوق بين الأحياء الآئلة من عقود انتقال الملكية أو . . . تثبت فى حق غير المتعاقدين

---

(١) كتابه « في الأموال » نبذة ٤٨٠ ص ٦٧٣ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ١١٧ .

(٣) ٣ فبراير ١٩٢١ (دائرة محمد مراد سيد أحمد بك ومحمد زكى خليل بك والقاضى محمد عبد الرازق) المجموعة ٢٣ رقم ٩١ ص ١٤٠ .

ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود الخ . » لا تنطبق هنا ، لأن « تحديد دائرة انطباق هذه المادة ظاهر من عبارة (ممن يدعى حقا عينيا) ، فهى تفترض أن شخصين تلقى كل منهما حقا على عين واحدة ، فالأسبقية بينهما تكون للتسجيل ، وهذا طبيعة اذا كان ناقل الحق واحدا ، وهى ليست الحالة التى نحن بصددها ، فلا حاجة اذن للتسجيل لمعرفة ان كان عقد المستشفع أسبق أم عقد المشفوع منه » .

وقررت أيضا المحكمة المختلطة أنه لا يشترط أن يكون عقد ملكية الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا ، لأن التسجيل لا مفعول له الا بالنسبة للغير الذى له حق ثابت فى الشىء jus in re ، بخلاف طالب الشفعة فان له أفضلية خولها له الشارع (حق على الشىء jus ad rem) ، وعليه فاذا ثبت أن المشفوع منه كان مالكا قبل تملك طالب الشفعة فلا حق لهذا الأخير بطلبه ، وذلك بصرف النظر عن كل تسجيل [١] .

ولكن هذا الحكم محل نظر الآن ، لأن القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ أهلى ، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ مختلط ، الصادرين بتعديل نصوص القانون فيما يتعلق بالتسجيل ، أوجبا التسجيل لانشاء الحقوق العينية العقارية أو انتقالها أو زوالها ، ونصا على أنه لا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين .

ومن رأينا أنه اذا كان عقد الشفيع غير مسجل ، وكان لا يستند فى الملكية الى اكتسابها بوضع اليد ، فلا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، لأن قانون الشفعة يشترط ، كما رأينا ، أن يكون الشفيع مالكا ، و بمقتضى قانون التسجيل الجديد لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٥) الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ٢٧ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦١) .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة أسيوط الابتدائية[١] . وجاء فى أسباب حكمها :

« حيث ان الأحكام قد تعارضت فى صحة دعوى الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد شراء المشفوع ضده . الا أن الأمر على ما يظهر قد استقر الآن على أن هذه الدعوى صحيحة ، وأن الحكم الذى يصدر للشفيع انما يحله محل المشترى فيما له من حقوق بناء على العقد غير المسجل ، ولكن النزاع المطروح اليوم أمام المحكمة خاص بالصورة العكسية لهذه تماما . . .

« وحيث ان الرأى الذى ساد فى النهاية فيما يتعلق بصحة دعوى الشفعة ضد مشتر لم يسجل عقده تتلخص فى الاعتبارات الآتية :

أولا — ان القانون رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ المعروف بقانون التسجيل لم ينص على بطلان البيع فى حالة عدم التسجيل ، بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية على هذا التسجيل ، بناء على أن البيع فى حد ذاته يقع صحيحا .

ثانيا — ان نقل الملكية لم يكن ركنا أساسيا فى البيع ، وانما هو نتيجة من نتائجه .

ثالثا — ان الشفيع يحل قانونا محل المشترى .

رابعا — ان تعليق حق الشفعة على التسجيل أو تولده من يوم حصوله يجعل المشترى مهددا بالشفعة زمنا قد يطول أمده ويعطل أحكام الشفعة (راجع حكم الدوائر المجتمعة الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧) .

« وحيث ان جميع الأحكام التى ناقشت حق الشفعة بناء على بيع غير مسجل متفقة رغم تناقضها فى أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ، وأن الشفيع اذا حل محل المشترى فانما يكون ذلك فيما له من حقوق شخصية قبل البائع يستطيع بموجبها ارغامه على الوفاء بما التزم به ولو قضاء .

---

(١) ١٩ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٧١ ص ١١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٤ .

« وحيث ان الشرط الأساسى للمطالبة بحق الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من قانون الشفعة ، فاذا كان عقد الشفيع نفسه غير مسجل ، وكان الشفيع لا يستند فى الملكية الى التملك بوضع اليد الحائز لشروطه القانونية ، فانه لا يستطيع أن يرفع دعوى الشفعة ، اذ هو لا يعد مالكا طبقا لأحكام القانون الجديد الذى ينص فى المادة الأولى منه على أن الملكية لا تنتقل حتى بالنسبة للمتعاقدين الا بالتسجيل ، ولا يكون للعقد غير المسجل من الأثر سوى التزامات شخصية .

« وحيث انه لا سبيل للاستناد الى ما للشفيع قبل بائعيه بمقتضى عقوده غير المسجلة من حقوق شخصية للمطالبة بما للمشفوع ضده من ملكية ثابتة ، كما هو الشأن فى الصورة الأخرى التى عرضت على القضاء غير مرة ، وكان الشفيع فيها لا يطالب بالملكية المنجزة حتما ، بل بالحلول محل المشفوع ضده فيما له من حقوق بمقتضي العقد الصادر اليه ليس الا ، لما بين الحالتين من فارق كبير ، اذ النظرية الأولى مبناها أن الشفعة ليست حقا عينيا للعقار الشفيع Jus in re ، ولكنها حق شخصى لمالك هذا العقار اذا توفرت لديه الشروط المنصوص عليها قانونا ، فلا ينتقل الى من يباع له هذا العقار عقب تولد هذا الحق ، وينبنى على ذلك أن البيع اذا كان معلقا على شرط موقف أو فاسخ كانت دعوى الشفعة صحيحة [(١)] . الا أن هذه النظرية لا يمكن التسليم بها فى الحالة المطروحة أمام المحكمة ، اذ لا القانون مهما توسعنا فى تأويل نصوصه ، ولا المنطق ، يسمحان بالقول بأن لصاحب الحق فى الحقوق الشخصية أو الملكية المعلقة على أكثر تقدير حق الشفعة فى عقار انتقلت ملكيته نهائيا لمشتريه بالتسجيل .

« وحيث انه مما يؤيد صحة ما تقدم أنه لو فرض أن بيعت العقارات الواردة بعقود الشفيع كلها أو بعضها من بائعيه الى مشتر آخر بعقد تسجل كان هذا العقد بلا جدال ناقلا للملكية وأولى بالاحترام من عقد الشفيع ، فاذا كان هذا ما يجب

---

(١) دى هلتس جزء ٣ صفحة ٢٢٠ رقم ٦ وصفحة ٢٢٤ رقم ١٥ .

الأخذ به بالنسبة لعقار واحد أمكن القول باتباعه من باب أولى فى حالة التفاضل بين عقود تصرفات عن عقارات مختلفة لا تنافر بينها ولا تؤثر فى بعضها البعض من حيث الصحة ، وغاية الأمر أن كل ما على أصحابها الخضوع لأحكام الشفعة فيما وضعته من القيود .

« وحيث انه لا يبقى من الاعتبارات التى بنى عليها حكم الدوائر المجتمعة سوى ما كان متعلقا بتهديد المشترى غير المسجل بالشفعة زمنا قد يطول ، وبتعطيل أحكام الشفعة اذا علق استعمال الحق فيها على التسجيل ، وهو ما لا محل له فى مثل النزاع المطروح ، لأن التقصير هنا من جانب الشفيع صاحب المصلحة فى أخذ العقار بالشفعة ، وقد حال بينه وبينها عدم تسجيله ، وأصبح المشفوع ضده بذلك مطمئنا على عقاره كل الاطمئنان » .

ولكن من رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك أنه لا يشترط أن يكون عقد الشفيع مسجلا لأجل المطالبة بالشفعة ، بل يكفى وجود العقد المثبت بأن الشفيع مشتر ، وعلى ذلك يجوز للجار المشترى بعقد غير مسجل أن يطلب الشفعة ، ويعتبر الحكم القاضى بالشفعة حكما معلقا على شرط ، وهو عدم تصرف البائع للشفيع فى العقار ثانيا للغير ، وعدم تسجيل الغير لعقده ، والا اذا حصل التصرف ثانيا وتسجل العقد قبل تسجيل عقد الشفيع ، بطلت الشفعة ، لأنه لا يعتبر فى هذه الحالة مالكا [1] .

ويقول الأستاذ ذهنى بك انه يصح الاعتراض على الرأى القائل بعدم قبول دعوى الشفعة بأن البيع قبل التسجيل ولو أنه غير ناقل للملكية الا أنه بيع فيه مشتر وبائع بواجبات وحقوق ، وأن الهلاك على المشترى بعد تسليم المبيع اليه برغم اعتبار البائع لا زال مالكا ، فيجوز للشفيع أن يدعى بأنه مشتر مثلا للعقار المشفوع به ولو أن عقده لم يسجل بعد ، الا أنه مشتر على كل حال ، وأنه عند ما يسجل عقده يعتبر مالكا ، لا من وقت التسجيل بل من وقت الشراء ، أى

(١) كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٨٩ ص ٦٧٩ — ٦٨٠ .

أن للتسجيل أثرا رجعيا فى نقل الملكية فيعتبر مالكا من وقت الشراء لا من وقت التسجيل ، وعلى ذلك تصح تصرفاته فى العقار قبل التسجيل .

ويضيف الأستاذ ذهنى بك الى ذلك أنه اذا أخذ بما قرره بشأن الهلاك وقانون التسجيل ، وأخذ بنظرية جواز الأخذ بالشفعة فى العقود الشرطية فيما اذا كان عقد المشفوع ضده معلقا على شرط ، وأخذ بما قرره بصحة دعوى الشفعة فى حالة عدم تسجيل عقد المشفوع ضده ، اذا أخذ بذلك كله ترجح لديه القول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد المشترى لم يتسجل بعد ، وعلى ذلك اذا تسجل العقد تأيدت الشفعة ، واذا لم يتسجل سقطت الشفعة ، وسقط ما ترتب عليها من اجراءات وأحكام [١] .

ونحن لا نرى رأى الأستاذ ذهنى بك ، لأن من شروط الشفعة الأساسية أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به ، وهنا الشفيع ولو أنه مشتر فانه لا يمكن أن يعتبر مالكا .

وقد أخذ الأستاذ ذهنى بك بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل ، على أن هذه النظرية ليست متفقا عليها ، وعندنا انه ليس للتسجيل أثر رجعى للأسباب التى أخذت بها الأحكام الصادرة فى هذا الموضوع [٢] .

---

(١) كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٦٣ ص ٦٥٧ .

(٢) راجع الاسكندرية الابتدائية ٨ يناير ١٩٣٠ (برياسة حسن صادق رشيد بك وحضور القاضى محمد صادق والقاضى عبد الرحيم غنيم) الجريدة القضائية السنة الأولى العدد ١٧ رقم ١٦٠ ص ٢٢ المجموعة الرسمية ٣١ عدد ٥٧ ص ١٦٢ .

وقد رفضت المحكمة فى هذا الحكم الأخذ بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل للأسباب الآتية :

١ — لتعارض هذه النظرية مع الغاية المقصودة من التشريع الجديد ، وهى تثبيت دعائم الملكية العقارية ، وجعلها بمأمن من فوضى تضارب التصرفات الظاهرة منها والخفية ، تدرجا من المشرع نحو الغاية التى يرجى الوصول اليها يوم تصبح العقود الخاصة بالتصرفات العينية العقارية حجة تامة بصحة هذه التصرفات ، وتحقيقا لتلك الأغراض نصت المادة الأولى من قانون التسجيل على أنه يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنتقل ولا =

على أننا لا نرى التوسع فى اعتبار المشترى غير المسجل مالكا ، خصوصا بالنسبة لحق الشفعة ، وهو ليس من الحقوق المستحبة ويجب التضييق فى دائرة تطبيقه .

١٢٢ — الاسلام ليس بشرط — فى الشريعة الاسلامية اسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة ، فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، وللذمى

= تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ، أى أن هذه الحقوق تنشأ أو تنتقل أو تتغير أو تزول بالتسجيل ، فهو الذى به تتأثر الحقوق العينية ، وليس يصح القول بوجود الأثر قبل وجود المؤثر .

٢ — ليس من ضرورة فعلية ولا قانونية توجب تلمس نظرية الأثر الرجعى للتسجيل ، وهى مجرد تصور قانونى une fiction légale ، اذ لو كان لها موجب لما فات المشرع أن ينص عليها ، وهى لا شك قيد لقاعدة أنشأها على خلاف قواعد التسجيل المقررة من قبل ، خصوصا أن تلك القواعد السابقة ما كانت لتعرف للتسجيل أثرا رجعيا . وقد أراد المشرع بقانونه الجديد تشديد الجزاء لا تخفيفه كما ينجم عن الأخذ بنظرية الأثر الرجعى .

وعدم الحاجة الى افتراض نظرية بعيدة عن قصد المشرع ظاهر من أنها حتى فى نظر من يقول بها لا تسرى الا فى دائرة ضيقة جدا — وهى دائرة المتعاقدين — ولا يمكن أن يترتب عليها أى مساس بحقوق الغير . وحتى فى تلك الدائرة الضيقة يتبين بتدقيق النظر أنها وضعت لضرورة وهمية ، فمن قال بهذه النظرية أراد بها حماية التصرفات التى تصدر قبل التسجيل من شخص يسجل عقده فيما بعد ، حتى لا ينازع المتعاقد معه فيما تعاقد معه عليه ، كمن يشترى عقارا وقبل تسجيل عقده يرهنه لاخر ، فمنعا لهذا المشترى الذى يحاول بعد تسجيل عقده الطعن فى الرهن الصادر منه قبل التسجيل بأنه صدر منه وهو لم يصبح مالكا بعد ، رؤى الأخذ بنظرية الأثر الرجعى للتسجيل حتى يعتبر هذا المشترى مالكا من يوم الشراء ، فيمتنع عليه الطعن فيما صدر عنه من التصرفات . غير أن القواعد العامة كفيلة بتحقيق هذه الغاية دون الالتجاء الى انشاء هذه النظرية ، اذ أنه لا يسوغ لأحد طرفى العقد أن يسعى بأى وسيلة ما فى نقض ما تم من جهته ، كما لا يسوغ له ، والتسجيل من عمله واهمال التسجيل من فعله ، أن يضار غيره بهذا الاهمال ، كما قالت بحق محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى حكمها الرقيم ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، حيث رأت أنه لا يجوز لمدين أن يدفع دعوى دائن نزع ملكية أحد عقاراته بقوله أن عقد شرائه لذلك غير مسجل ، كما لا يجوز لبائع أن يعارض المشترى منه فى تنفيذ صفقة باعها له ، بحجة أن عقد تملكه اياها غير مسجل ، وكذلك شأن المشترى الذى لم يسجل عقده اذا هلك العقار قبل التسجيل وبعد تسليمه اليه فهلاكه عليه .

على المسلم .

وهذا هو رأى الأئمة الثلاثة .

ولكن من رأى أحمد أنه لا شفعة للذمى .

ووجه الرأى الأول اطلاق الأحاديث بأن الشفعة للشفيع من غير تقييد ذلك بالمسلم .

ووجه الثانى التغليظ على الذمى من حيث ان فى اثبات الشفعة له تسليطا على المسلم بأخذ حقه بنوع من القهر والغلبة لا سيما مع عدم طيب نفس المسلم بذلك [١] .

وروى عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمى على مسلم ، فكتب الى سيدنا عمر رضى الله عنه ، فأجازه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، فيكون هذا اجماعا [٢] .

وفى القانون ليس الاسلام بشرط ، وقد رأينا أن الشفعة مقررة فى القانونين الأهلى والمختلط .

١٢٣ — الذكورة والعقل والبلوغ — الذكورة والعقل والبلوغ ليست بشرط ، لأنه حق مبنى على الملك ، فالاناث والصبيان والمجانين لهم أن يأخذوا بالشفعة .

والذى ينوب عن الصبى هو وليه الذى يتصرف فى ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضى ووصى القاضى . فاذا بيعت دار ، والصبى شفيعها ، كان لوليه أن يطالب بالشفعة و يأخذ له ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والولى يملك ذلك ، فان سلم الشفعة صح التسليم . ولا شفعة للصبى اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ، وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه والصبى على شفعته اذا بلغ [٣] .

والذى ينوب عن المجنون هو قيمه .

---

(١) الميزان للشعرانى ٢ ص ٨٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٦ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٦ .

فيمن لا شفعة له

١٢٤ — الوقف :

فى الشريعة الاسلامية — لا شفعة للوقف ، لا بشركة ولا بجوار ، فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك و بعضه وقف ، و بيع الملك ، فلا شفعة للوقف ، لا لقيمه ولا للموقوف عليه [١] .

ولكن اذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله ، فان الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع [٢] .

فى المجموعة المدنية : نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أو له » ، أى أن الحكم هو نفس حكم الشريعة الغراء [٣] .

وقررت المادة ٩٧ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٧١ أهلى أنه « لا يثبت حق الشفعة لمن وقفت عليه حصة فى عقار مشاع ، انما للواقف ذلك الحق بشرط أن يكون أخذ الحصة المبيعة بقصد وقفها » .

فى قانون الشفعة : قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » ، ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف ، وكما يقول فتحى زغلول باشا ان النص على حالة وترك أخرى يفيد الاباحة ، فالشفعة جائزة

---

(١) مرشد الحيران المادة ١١٣ — المجلة المادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص ١٤٧ — الخانية ص ٥٤٢ .

(٢) شرح مرشد الحيران للأستاذين محمد زيد بك وسلامة بك ص ٩٦ .

(٣) راجع دمنهور الجزئية ١٦ نوفبر ١٨٩٢ (القاضى مصطفى واصف) الحقوق ٧ رقم ٧٥ ص ٣٣٩ .

من الوقف [١] .

واذا كان هناك نزاع فى صحة الوقف وجب أن تقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة الشرعية فى شأن الوقف [٢] .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فان وقفه المشترى كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفيع [٣] .

ويزول حق الشفعة اذا وقف الشفيع ، أثناء الدعوى ، العقار الذى شفع به [٤] .

١٢٥ — من لا يملك شراء العقار المشفوع — يرى بعض الشراح أن لا شفعة لمن لا يملك شراء العقار المشفوع من البائع مباشرة ، لأن الشفيع باستعماله حق الشفعة يحل محل المشفوع منه فى جميع ما له وما عليه من الحقوق (المادة ١٣) ، أى أنه يصير مشتريا بدله ، وما دام أنه محظور عليه الشراء فليس له أن يشفع . ومثال هؤلاء الأشخاص المذكورون فى النبذ الآتية .

١٢٦ — موظفو المحاكم والمحامون الممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها — تنص المادة ٢٥٧/٣٢٤/١٥٩٧ مدنى على أنه « لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية (أى أعضاء النيابة العمومية) وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعضا من الحقوق المتنازع فيها droits litigieux التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، فاذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفى هذه

(١) ص ٩٨ .

(٢) استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ .

(٣) بنى سويف ٢٧ نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى قاسم أسعد وعبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

الحالة يكون البيع باطلا أصلا radicalement nulle ، ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها d'office » .

والأشخاص المذكورون فى المادة جاء ذكرهم على سبيل الحصر ، لأن نص المادة استثنائى ، فلا يجوز التوسع فى تطبيقه [١] .

وسبب المنع هو أن شراء أحد هؤلاء الحق المتنازع فيه يدل ظاهرا على أن غرضه من الشراء مجرد المضاربة ، فمنع الشارع موظفى المحاكم والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم ، لشدة رغبته فى الاحتفاظ بحرمة القضاء وكرامته ، كما يقول الأستاذ نجيب الهلالى بك ، فقد خشى أن يحابى القاضى أو الموظف المشترى زملاؤه فى القضاء فيتأثر بذلك سير العدالة ، واذا لم يحابوه فلا أقل من أن يتهمهم الناس ويظنوا به وبهم الظنون ، وكلاهما مضيع لحرمة القضاء [٢] .

ومن رأى زكى العرابى بك [٣] ، وعبد السلام ذهنى بك [٤] ، والدكتور محمود فهمى [٥] ، أنه لا شفعة لموظفى المحاكم والمحامين فى العقارات الممنوعين من شرائها .

وعندنا أن هذا الرأى محل نظر ، لأن العلة التى من أجلها منع الشارع هؤلاء الموظفين والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها غير متحققة هنا ، لأن القاضى أو المحامى الذى يريد الشفعة فى العقارات الممنوع من شرائها لا يقصد المضاربة ، وانما يرغب فى اتقاء الأضرار التى شرعت من أجلها الشفعة ،

---

(١) نجيب الهلالى بك نبذة ٤١٣ ص ٢٥٢ .

(٢) نجيب الهلالى بك نبذة ٤١٢ ص ٢٥١ .

(٣) نبذة ٦٢ ص ٣٧ — ٣٨ .

(٤) نبذة ٥٣٢ ص ٧٤٧ .

(٥) ص ١٧٥ — ١٧٦ .

وحرمانه من حق الشفعة هو حرمان من حق مشروع أوجده الشارع لمصلحة جميع الناس ، ولم يستثن موظفى المحاكم والمحامين المنصوص عليهم فى المادة ٢٥٧/٣٢٤ المتقدمة من استعمال هذا الحق . ولو كان الشارع أراد استثناءهم لنص على ذلك صراحة فى قانون الشفعة مع من استثناهم منه . والقول بأن الشفيع باستعمال حق الشفعة يحل محل المشفوع منه ويعتبر أنه اشترى الصفقة من المشترى مباشرة هو افتراض قانونى لا يصح التوسع فيه .

١٢٧ — الوكلاء الممنوعون من شراء الأشياء المنوط بهم بيعها :

جاء فى المادة ٢٥٨/٣٢٥/١٥٩٦ :

« لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى Mandataires légaux ، كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكليهم Mandataires conventionnels أن يشتروا الشىء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة ، فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق » .

وسبب المنع هو التعارض القائم بين مصلحة هؤلاء الوكلاء وواجبهم [1] .

ومن رأى الشراح أنه ليس للوكلاء أن يشفعوا فى العقارات المنوط بهم بيعها لتوافر حكمة النص ، فقد يتساهل الوكيل مع المشترى فى شروط البيع ، اذ باستعماله حق الشفعة يحل محل المشترى فى جميع ما له وما عليه [2] .

ونحن من هذا الرأى ، وهو ظاهر ، انما اذا أراد الوكيل أن يأخذ الصفقة فيجب أن يتنحى عن مباشرة البيع .

١٢٨ — شفعة الوارث فى البيع الحاصل لأجنبى فى مرض الموت :

أورد الأستاذ زكى العرابى بك هذه الحالة ، وقال بشأنها ما يأتى :

---

(١) نجيب الهلالى بك نبذة ٤٢١ ص ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) نجيب الهلالى بك نبذة ٤٢٩ ص ٢٦٧ — حلمى عيسى باشا ، شرح البيع ، نبذة ٩٣٠ ص ٢٩٤ — دى هلتس جزء ٤ بيع نبذة ٦٢ .

« قد نصت المادة (٢٥٤) أنه لا ينفذ [١] البيع الحاصل من المورث ، وهو فى حالة مرض الموت ، لأحد ورثته ، الا اذا أجازه باقى الورثة . فاذا باع المورث عقارا لأجنبى ، وهو فى مرض الموت ، وكان الوارث شفيعا لهذا العقار ، فلا يجوز له استعمال الشفعة الا باجازة الورثة ، والا فلا يمكنه تملك العقار المبيع بالشفعة [٢] » .

ونحن نرى — بشأن جواز الشفعة أو عدم جوازها فى هذه الحالة — وجوب التفرقة بين فرضين :

(١) أن يكون البيع بأقل من القيمة .

(٢) أن يكون البيع بمثل القيمة .

وذلك لأن نص المادة ٣٢٠/٢٥٤ مستمد من الشريعة الاسلامية ، وقد أعطى الفقهاء البيع للوارث فى مرض الموت حكم الوصية ، لافتراض أنه ليس بيعا حقيقيا ، وأنه فى الواقع يستر هبة أريد تشكيلها بشكل البيع تخلصا من قيد اجازة الورثة ، ولذلك يجرون فى هذا البيع أحكام الوصية [٣] .

واختلف الشراح والمحاكم فى حكم البيع بمثل القيمة لاختلاف فقهاء الشرع :

فاتبع بعض الشراح والمحاكم [٤] رأى الامام أبى حنيفة فى أن البيع لا يجوز لوارث ، ولو بمثل القيمة أو أضعافها ، الا بتصديق باقى الورثة ، دفعا لايثار بعضهم بالأعيان ، وذلك لأن الناس لهم أغراض فى العين ، فلا يجوز للمورث ايثار بعض الورثة بها .

واتبع البعض الآخر من الشراح والمحاكم [٥] رأى الصاحبين فى أنه لا حق

---

(١) n'est valable .

(٢) العرابى بك ص ٣٨ .

(٣) نجيب الهلالى بك نبذة ٣٩٦ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٤) هالتون ٢ ص ٨ — استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٢ (٣٤ ص ٢٤٨) .

(٥) دى هلتس جزء ٤ بيع نبذة ٢٨ — استئناف أهلى ١٤ أبريل ١٩١٤ (دائرة حسن جلال بك ومستر كلايكوت ومحمد شكرى باشا) الشرائع ١ رقم ٣٤١ ص ١٩٠ .

لباقى الورثة فى الاعتراض ، لأن القرينة المفترضة فى المادة ٢٥٤/٣٢٠ ليست قرينة قاطعة ، بل انها تقبل الدليل العكسى ، فقد يكون البيع حقيقيا لا ساترا لوصية ، وفى هذه الحالة يجوز للوارث اثبات عكس هذه القرينة .

والرأى الثانى أعدل (١) .

ومن رأينا أنه تجوز الشفعة فى الحالة الثانية ، ولا تجوز فى الحالة الأولى ، لأن الشفعة لا تجوز الا فى البيوع ، فلا تجوز فى الهبة والوصية ، والقاعدة أنه اذا اتصف العقد بغير صفته الحقيقية لا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات .

تزاحم الشفعاء

١٢٩ — يجب التفرقة بين حالة ما يكون الشفعاء من طبقات مختلفة ، أو من طبقة واحدة .

١٣٠ — (١) **الشفعاء من طبقات مختلفة** — اذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة طبقت الفقرة الأولى من المادة ٧ ، ونصها :

« اذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة :	"En cas de concours de plusieurs préempteurs le droit de préemption appartient:
أولا — لمالك الرقبة .	En premier lieu, au nu propriétaire;
ثانيا — للشريك الذى له حصة مشاعة .	En deuxième lieu, au copropriétaire;
ثالثا — لصاحب حق الانتفاع .	En troisième lieu, à l'usufruitier;
رابعا — للجار المالك » .	En quatrième lieu, au propriétaire voisin".

وليس لأحد من هؤلاء الحق فى الشفعة اذا وجد من يتقدم عليه فى المرتبة بحسب هذا الترتيب .

(١) نجيب الهلالى بك نبذة ٣٩٨ ص ٢٤٣ — ٢٤٤ .

فاذا لم يستعمل أحدهم حقه فى الشفعة حل محله الذى يليه .

١٣١ — (٢) **الشفعاء من طبقة واحدة** — اذا كان الشفعاء من طبقة واحدة طبقت الفقرة الثانية من المادة ٧ ، ونصها :

« فاذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه .

واذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره » .

"S'il y a concours de plusieurs nus propriétaires, copropriétaires ou usufruitiers le droit de préemption appartiendra à chacun d'eux dans la proportion de ses droits.

Entre voisins la préference appartiendra à celui qui peut tirer de la préemption un plus grand avantage pour son fonds".

فالفقرة الثانية من المادة ٧ تفرق بين حالة تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع من جهة ، وحالة تعدد الجيران من جهة أخرى .

١٣٢ — **حالة تعدد مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع :**

« اذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه dans la proportion de ses droits » .

ويمكن التساؤل هنا عما اذا كان المراد من النصيب هو النصيب فى المقدار أو القيمة ؟ .

يقول فتحى زغلول باشا [١] ان الرأى الذى يجب اعتباره هو القيمة ، قياسا على ما جاء فى القانون فى حق الجار المالك ، اذ نص على أنه يجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به مساوية لنصف قيمة العقار المشفوع على الأقل .

أما دى هلتس فيعتبر النصيب فى المقدار [٢] . ونحن نفضل هذا الرأى .

---

(١) ص ٩٠ .

(٢) نبذة ٨٧ .

ويلاحظ أن حكم الفقرة الثانية من المادة ٧ ينطبق على مذهب الامام الشافعى والامام مالك ، لا على رأى الامام الأعظم الذى يرى القسمة بين الشفعاء بالنسبة لعددهم ، لا بالنسبة لملكهم كما تقدم[1] .

١٣٣ — حالة تعدد الجيران — اذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره[2] .

La préférence appartiendra à celui qui peut tirer de ia préemption un plus grand avantage pour son fonds.

والقاضى هو الذى يقدر ذلك على حسب الأحوال[3] . وعند الشك تكون الأولوية للمشترى ، وبذلك لا تخرق حرية التعاقد[4] . وفى هذا تطبيق للقاعدة التى تقرر تفضيل واضع اليد عند التساوى **in pari causa melior est causa possidentis** .

وللحكم فيمن يعطى الأولوية من الجيران تجب مراعاة موقع عقار كل منهم وتخصيصه وضرورة توسيعه اذا كان لا يفى بتخصيصه الحالى[5] .

أما الوجهة الشخصية للشفيع فلا تهم ، فلا يدخل فى اعتبار المحكمة الفوائد الشخصية التى يستطيع الشفيع اجتناءها من الشفعة ، بل تعتبر العقارات متساوية

---

(١) راجع نبذة ٤٨ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٥٥١ ، ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) ، ١٠ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٣٢) الاستقلال ٤ ص ٢٤٦ ، ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) .

(٣) استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ — فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ١٦ يناير ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣٠) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٩ ص ٣٨٣ — قارن زكى العرابى بك نبذة ٦٧ ص ٤٢ .

(٥) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣٣١) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

من هذه الوجهة [١] .

كذلك لا يعتبر — عند الحكم فى الترجيح أو التقدم — المضار أو نقص القيمة المحتمل ترتبها عن فروض لا يوجد ما يبعث على تحققها [٢] .

فان كان بين الشفعاء المجاورين شفيع مجاور من حد واحد ، وكان للمشفوع به حق ارتفاق ، جاز أن يكون هذا الجار هو الأحق بالشفعة من غيره ، لأن له منفعة خاصة من الشفعة ، وهى ابطال حق الارتفاق المترتب على عقاره [٣] .

وقد حكم بأنه اذا حصل التزاحم بين جارين للعقار المشفوع ، وكان عقاراهما مثقلين بحقوق ارتفاق ، تكون الأولوية لمن كان عقاره مثقلا بحقوق ارتفاق أوسع نطاقا وأشد عبئا من التى تثقل عقار الجار الآخر [٤] .

وحكم بأنه اذا كان التزاحم بين جارين شفيعين لكل منهما حق ارتفاق بالرى servitude d'irrigation على الأرض المشفوعة ، ولكن أحدهما جواره من جهة واحدة ، فى حين أن جوار الآخر من جهتين ، فان الأخير هو الذى يفضل [٥] .

وأنه اذا كان التزاحم بين جارين عقار أحدهما أكبر وأحسن موقعا من عقار الآخر ، تكون الأولوية لصاحب العقار الأصغر ، لأنه بضمه الى العقار المشفوع يحصل على منفعة أكثر من الجار الآخر [٦] .

وقضت المحكمة المختلطة بتفضيل صاحب العقار الأصغر على صاحب العقار الأكبر الذى لعقاره شكل منتظم une forme parfaitement régulière ، وله

---

(١) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ١٢ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) .

(٥) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧١) .

(٦) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٦٣) ، ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٤) .

اتصال بالطريق العام من ثلاث جهات [١] .

ويرى بعض الشراح أن الترجيح يجب أن يكون دائما لجار واحد ، كما هو ظاهر من النص ، حيث يعبر عمن يكون له التقدم بصيغة المفرد [٢] .

ويرى البعض الآخر جواز القسمة بين الجيران عند التساوى [٣] .

وبهذا الرأى الأخير قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، اذ قررت أن حق الشفعة منشؤه الشريعة ، والشريعة تجيز بحسب الأحوال القسمة بين الجيران المتعددين ، ولا يمنع نص الفقرة الأخيرة من المادة جواز القسمة [٤] .

وهذا يتفق مع ما قرره قانون الشفعة فى مواضع أخرى من جواز التقسيم [٥] .

---

(١) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٢) فورجير ص ٣١٦ و ٣١٧ .

(٣) دى هلتس نبذة ٩٠ — فتحى زغلول باشا ص ٩٠ — زكى العرابى بك نبذة ٦٧ ص ٤٢ — استئناف مصر الأهلية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص ٤٨٨ ، وقد جاء فيه :

وحيث ان هذه المسألة هى من الوقائع المتروكة لنظر القاضى لتقديرها حسب ظروف كل قضية .

« وحيث ان تقرير الخبير أسهب فى بيان هذا الموضوع وسمع شهادة الشهود وعاين الأرض وبين موقعها المستطيل وطرق ريها وشرح المضار والمزايا التى تنتج من تفضيل أحد الطرفين على الآخر ، وتوصل بعد هذا البحث الى الحل الذى ذكره فى تقريره وأخذت به محكمة أول درجة ، وهو تقسيم أرض الشفعة بين المستأنف والمستأنف عليه الى قسمين غير متساويين ، أحدهما يعطى للشفيع ، وهو المستأنف عليه الأول ، وهو المجاور لأرضه ، ومقداره ١٥ قيراطا و ٧ أسهم ، والثانى يعطى للمشترى ، وهو المستأنف ، ومقداره فدان و ١٠ قراريط و ١٧ سهما ، وقد لاحظ أيضا مقدار الثمن الواجب دفعه من الشفيع للأسباب التى أبداها فى تقريره .

« وحيث ان المحكمة بعد اطلاعها على تقرير الخبير وأعماله المفصلة تفصيلا تاما ترى الأخذ بالتقرير المذكور لكونه أقرب للعدل ولوحظ فيه المنفعة التى تعود على كل من الطرفين من الشفعة ومنع الضرر الذى يتوقع حصوله لو استأثر أحدهما بجميع الصفقة » .

(٤) استئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) .

(٥) دى هلتس نبذة ٩٠ .

ولكن المحكمة المختلطة عادت بعد ذلك فقررت أن قسمة العقار المشفوع التى كانت مقررة فى الشريعة الاسلامية قد ألغاها قانون الشفعة الذى يعطى فى حالة التزاحم الأولوية للجار الذى تعود على عقاره منفعة أكثر من غيره ، ولا يقرر القسمة الا فى حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء فى الملك أو أصحاب حقوق الانتفاع [١] .

ونحن نفضل هذا الرأى .

١٣٤ — طلب بعض الشفعاء كل المبيع — اذا كان للعقار المشفوع شفعاء عديدون ، ولكن لم يطلب الشفعة منهم الا بعضهم ، وجب أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الطالبين [٢] .

وكذلك اذا طلبوا الشفعة ، ولكن سقط حق بعضهم لتقديمه بعد الميعاد القانونى ، فلا يوجد ما يمنع من أن تكون العين المشفوعة كلها من حق الباقين [٣] .

المشترى أحد الشفعاء

١٣٥ — المجموعة المدنية — كانت المادة ٩٥ من المجموعة المدنية المختلطة تنص على أن للشريك فى الملك المشاع الأخذ بالشفعة ممن اشترى وصار شريكا مثله ، وعليه أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين اذا طلبوا ذلك .

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٥٩) .

(٢) راجع مصر ٢٢ يونيه ١٨٩٩ (دائرة القضاة أمين على وقسطندى حجار ومحمد توفيق) الحقوق ١٤ ص ٥٣٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أيضا أنه فى هذه الحالة تقسم العين بين الطالبين على عدد الرؤس . ولكن يلاحظ أن هذا الحكم صادر قبل قانون الشفعة ، ولا يتفق مع نص الفقرة الثانية من المادة ٧ التى تقضى بقسمة العين بحسب الأنصباء كما سبق .

(٣) استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٣) . وقد جاء فى هذا الحكم أنه اذا طلب الشفعة شريكان فى حالة بيع شريك آخر حصته ، وسقط حق أحد الشفيعين لتقديم طلبه بعد الميعاد فلا يوجد ما يمنع الشفيع الآخر من طلب الشفعة فى كل الحصة المبيعة .

ولم تنص المجموعة المختلطة على حالة ما اذا طلب الشفعة جار وكان المشترى جارا أيضا .

ولم تأت المجموعة الأهلية بنص المادة ٩٥ مختلط ، ولا بأى حكم خاص بالحالة التى تتوافر فيها أسباب الشفعة فى المشترى .

وقد تضاربت الأحكام المختلطة والأهلية بسبب ذلك .

فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن لا شفعة للجار من المشترى الجار[1] .

ثم قضت بجواز الشفعة ولو كان المشـترى جارا ، وبأنه تجب قسمة العقار المشفوع بين الجار المشترى والجار طالب الشفعة [2] .

وقضت بعض المحاكم الأهلية بأن لا شفعة من شفيع [3] .

وقضى بعض آخر بأن لا أصل للقول بأن الشفيع لا يأخذ من شفيع مثله ، بل انه يجوز الأخذ من المشترى الشفيع ومقاسمة طالبى الشفعة له [4] .

١٣٦ — قانون الشفعة — أراد قانون الشـفعة الجديد أن يضع حدا للخلاف فى قضاء المحاكم بسبب نقص النص فى المجموعة المختلطة وعـدم النص أصلا فى المجموعة الأهلية كما تقدم ، فجاء بالمادة الثامنة التى نصها :

« يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة (المادة ٧) فيما يتعلق بالأولوية ، ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شـفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى » .

---

(١) ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ (٤ ص ١٣٣) .

(٢) ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ (٧ ص ٣٩١) .

(٣) راجع استئناف مصر ١٧ نوفبر سنة ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٣٩ ، ١٥ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة سعـد زغلول بك ومسيو دى هلتس ومستر كوغلن) القضا ٦ ص ١٧١ ، ١٥ يونيه ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٩٠ — مصر الابتدائية ٢٦ نوفبر سـنة ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك وأحمد عرفى بك والقاضى محمد صالح) القضا ٦ ص ١٧٩ .

(٤) راجع : الاسكندرية حكم استئناف ٢٩ ابريل ١٨٩٧ القضا ٤ ص ٣٥٧ ، ٣٠ ديسمبر ١٨٩٧ القضا ٥ ص ٧٩ — استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضا ٦ ص ١٨٩ .

"Le droit de préemption subsiste et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence est applicable même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article premier pour se rendre lui- même préempteur".

ويؤخذ من هذه المادة أن المشترى يكون له الحق فى الشفعة والتزاحم مع غيره اذا توافرت فيه الشروط اللازمة لطلب الشفعة .

غير أنه يجب أن يلاحظ أن المشترى ليس ملزما بمراعاة الاجراءات المدونة بالقانون لاستعمال حق الشفعة ، لأنه فيما يختص به لا يشفع بالمعنى الحقيقى للكلمة ، فانه لا يحصل على ملكية جديدة بالحلول فى شراء شخص آخر ، وانما هو يستبق ملكا قد حازه قبل ذلك ، متمسكا بأولوية مستنداته لدفع دعوى طالب الشفعة (١) .

١٣٧ — المشترى ليس من مرتبة الشفعاء — لا خلاف بين الشراح والمحاكم فيما اذا كان الشفعاء من درجات مختلفة ، وتوافرت فى المشترى أسباب الشفعة ، فان قاعدة الترجيح المبينة فى المادة السابعة تطبق حينئذ ، كما هو مذكور صراحة فى المادة الثامنة .

فاذا كان المشترى أحد الشركاء فى الحصة المبيعة ، وطلب الجار الأخذ بالشفعة ، وجب ترجيح الشريك المشترى على الجار الشفيع . وكذلك اذا كان المشترى هو الجار ، وطالب بالشفعة الشريك فى الحصة المبيعة ، فانه يجب ترجيح الشريك على الجار ، لأنه أسبق منه فى المرتبة .

١٣٨ — المشترى من مرتبة الشفعاء — وانما انقسم الشراح والمحاكم فى الحالة التى يكون فيها الشفعاء من مرتبة المشترى ، كما اذا بيع لشريك حصة شائعة ، وطلب باقى الشركاء فى الحصة المبيعة الأخذ بالشفعة ، فهل يتميز المشترى ولا تجوز شفعة الباقين ، أم هل تجوز الشفعة ، ويقسم المبيع بين الشفعاء

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧٠) .

والمشترى .

يقول رأى بجواز الشفعة ، على أن تقسم الصفقة المبيعة بين طالب الشفعة والمشترى [١] .

ويقول رأى آخر بعدم جواز الشفعة لعدم النص [٢] .

١٣٩ — حجج القائلين بجواز الشفعة :

(١) ان حق الشفيع فى الشفعة حق مطلق ما لم ينص على تحريمه ، فالشفعة حق ثابت لكل من تتوافر فيه شروط الشفعة ، وحسبه التمسك بالمادة الأولى من القانون ، وهى مصدر الحق وأصله ، فلا يحرم منه صاحبه الا بنص صريح ، مهما كان هذا الحق ممقوتا واستثنائيا . ومن المبادىء الشرعية أن المطلق

---

(١) من هذا الرأى : منفلوط الجزئية ١١ ديسمبر ١٩٢٤ (القاضى عبد العزيز كامل) المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص ٤٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٠ .

بنى سويف الابتدائية ٣٠ ديسمبر ١٩٢٧ فى القضيه نمرة ٦٧٥ سنة ١٩٢٦ (لم ينشر ومشار اليه فى حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ اكتوبر ١٩٢٨) .

بنى سويف الابتدائية ١٠ اكتوبر سنة ١٩٢٨ (دائرة القضاة كامل حنا وبادير يوسف واسماعيل مجدى) المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص ٤٢٩ .

دى هلتس نبذة ٤٦ و ٩١ .

فتحى زغلول باشا ص ٩٠ و ٩١ .

زكى العرابى بك نبذة ٦٨ ص ٤٣ .

حامد فهمى بك (المشترى الشفيع كغيره من الشفعاء استحقاقا ومزاحمة) المحاماة ٨ ص٢٦١ .

عبد السلام ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٠٦ ص ٦٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٩) .

طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٣٤٠ رقم ٦٢ .

الاسكندرية الابتدائية ١٢ ابريل ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص ١٤٠ .

بنى سويف الابتدائية ٢٨ يناير ١٩٢٦ فى القضية نمرة ٧٣٨ سنة ١٩٢٥ (لم ينشر ومشار اليه فى حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨) .

استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ (دائرة على حسين باشا واسماعيل الحكيم بك ومحمد توفيق حق بك) المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص ٨١٤ المجموعة ٢٨ رقم ٨٥ ص ١٦٠ .

يجرى على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة ، ولا وجود لنص التحريم أو التقييد فى هذه الحالة ، لأن الشارع حصر وجوه التحريم فى المواد ٣ و٤ و٥ و٦ من القانون ، ثم فرغ منها وأتى على أحكام التزاحم ، فلو كان مراده تحريم الشفعة على الشريك أو الجار متى كان المشترى شريكا أو جارا لما فاته أن ينص على ذلك نصا خاصا ، والمقام مقام حرمان من حق ثابت أصلا ، أسوة بما نص عليه صراحة فى المادة ٥ من أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة ، أو كان الشارع على الأقل قد ألحق بهذه المادة عبارة « ولا من المشترى اذا كان ممن لهم حق الشفعة وكان من طبقة الشفيع » ، ولكنه لم يفعل، لأن نيته لم تنصرف الى تحريم الشفعة فى هذه الحالة ، بل انصرفت الى النص على أن الحق يظل قائما حتى لو كان المشترى صاحب حق أيضا ، ولكنه خشى اغفال النص على تنظيم التفاضل أو الأولوية ، فى هذه الحالة أيضا ، فأشار الى وجوب مراعاتها وفقا للترتيب الوارد فى المادة السابعة (١) .

(٢) ان ما يقال من عدم توافر حكمة الأخذ بالشفعة من مشتر هو شريك فى العين أو جار لها من قبل ، وهو دفع الأذى المحتمل من الشريك الدخيل أو الجار الحادث مردود بما دونه الفقهاء فى كتب الشريعة ، وهى مأخذ الشفعة ، من أن سببها الاتصال بالشركة أو الجوار ، وهذا الاتصال هو الأصل والحكم المطرد ، وهو مظنة الضرر بقطع النظر عن ايجاب تحققه وتوافر وجود الحكمة فى كل شفعة ، ومن أجل ذلك أثبتها العلماء لكل شريك أو جار ، وجد الضرر أو لم يوجد الضرر كما أثبتوها للمشترى يزحم بها غيره من الشفعاء اذا كان أقوى منها سببا ، ويزحمونه اذا قوى سببهم على سببه ، أو يتقاسمونها اذا تساووا فى السبب (٢) .

---

(١) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٢) راجع مقال الأستاذ حامد فهمى بك ص ٢٦٢ و ٢٦٧ وما بعدها وحكم بنى سويف الابتدائية ١٠ أكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) انه وان كان القانون لم ينص على حاله تزاحم الشفعاء والمشترى ان كانوا فى مرتبة واحدة ، فانه لم يكن فى حاجة مطلقا الى النص صراحة على جواز الشفعة فى هذه الحالة ، وعلى قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشترين ، لأن نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الشفعة يغنى عن هذا النص [١] .

(٤) ان استناد الرأى المخالف الى الغاء المادة ٩٥ مدنى مختلط قديمة التى كانت تنص على حق الشريك فى الشفعة من المشترى الشريك استناد ضعيف ، فان تلك المادة لم تلغ لذاتها ، ولا كان الالغاء مقصورا عليها ، بل تناول فصل الشفعة برمته ، لقصوره وايجازه ، واستعاضة الشارع عنه وعن مثيله فى القانون الأهلى بقانون خاص ، تناول نص المادة ٩٥ وأكثر منها ، ولا يمكن أن يؤخذ من الغائها عدول الشارع عن العمل بمضمونها [٢] .

(٥) ان امتياز أحد الشركاء بالصفقة وحرمان آخرين منها يخل التوازن بين أنصبتهم .

١٤٠ — حجج القائلين بعدم جواز الشفعة :

(١) ان الشفعة انما شرعت للضرورة ، وهى منع الأذى المحتمل من وجود شريك حادث فى ملكية حصة شائعة فى العقار غير المقسوم ، أو من وجود جار جديد ، بمعنى أنها حق استثنائى قرره الشارع لضرورة خاصة وان ترتب عليه المساس بحق الملك . ومن ثم وجب الاحتراس من التوسع أو الخروج عن النصوص التى جاءت خاصة بتشريع الشفعة [٣] . فيجب عدم التوسع فى نص المادة ٨ ، الا بقدر ما يرمي اليه ، وهو تطبيق أحكام المادة السابعة فيما يتعلق بالأولوية فقط دون غيرها ، فمالك الرقبة يشفع فى شراء الشريك الذى له حصة

---

(١) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ اكتوبر ١٩٢٨ — حامد فهمى بك ص ٢٧٢.

(٢) حكم بنى سويف الابتدائية ١٠ اكتوبر ١٩٢٨ .

(٣) استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ — مختلط ١٢ أبريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٧٠).

مشاعة ، وهذا يشفع فى شراء صاحب حق الانتفاع ، وهذا يشفع فى شراء الجار المالك ، والجار الذى تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره يشفع فى شراء هذا الغير . أما لو تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع وكان أحدهم مشتريا فلا شفعة ممن هم فى درجته فيما اشتراه ، لعدم النص على ثبوت حق الشفعة فى هذه الحالة من جهة ، ولانتفاء الضرر من جهة أخرى [١] .

(٢) يقول المعارضون لهذا الرأى ان حق الشريك فى الشفعة حق مطلق ، بحيث يكون للشفيع على قولهم حق الأخذ بالشفعة مطلقا بمجرد حصول البيع ، وان القانون لم ينص على استثناء حالة المشترى الحائز لما يجعله شفيعا من هذا الاطلاق .

ولكن النص المشار اليه وان أطلق حق كل شريك فى الأخذ بالشفعة فانه لم يطلق له هذا الحق ضد كل مشتر ، وعليه فلا يمكن صرف هذا الاطلاق أيضا الى المشفوع منه الشريك على المشاع لعدم النص . يؤيد ذلك أن القانون قد عنى بوضع نص خاص بالمشترى فى حالة خاصة أوضحها فى المادة الثامنة منه ،

---

(١) استئناف مصر الأهلية ٢٤ نوفبر ١٩٢٧ (دائرة على سالم بك ومحمد فريد الشافعى بك ومحمود المرجوشى بك) المجموعة ٢٩ رقم ١٤٢ ص ٣٣٤ .

وتقول محكمة طنطا الابتدائية فى حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ (دائرة القضاة عبد الحميد بدوى وخليل عفت وصالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ :

« وحيث ان قصر النص فى المادة الثامنة على أحكام الأولوية ينفى جواز القياس ، وذلك بمفهوم المخالفة ، خصوصا أن العلة التى بنيت عليها قاعدة التقسيم المقررة فى المادة السابعة منتفية فى هذه الحالة ، اذ أنه اذا جاز التقسيم بين الشفعاء لعدم وجود وجه لتفضيل أحدهم على الباقين ، ولأن الأذى بالشريك الجديد يدركهم جميعا ، فلا وجه للتقسيم بين الشفيع بالشركة والمشترى الشريك ، لأن الأذى منتف ، ولأنه لم يجد بالشراء الا أن المشترى زادت حصته باعتباره شريكا ونقص عدد الشركاء واحدا ، ولأن التقسيم اذا جاز كان معناه يجب ألا يستأثر أحد الشركاء بنصيب غيره من الشركاء ، ويجب أن ينتفع الشركاء جميعا به اذا طلبوا ذلك ، وليس ذلك غرض الشفعة ، ويجب اذن كلما كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا أن يختص وحده بما اشتراه اذا لم يشفع فى العين المبيعة من كان أقوى منه سببا ، ويكون تعامله بالشراء مع المالك وجه تفضيل له على غيره ممن هم فى درجته » .

وهى الحالة التى يكون فيها المشترى شفيعا ، وطالب الشفعة أسبق منه باعتبار قاعدة الأولوية المذكورة فى المادة السابعة [١] .

(٣) يقول الرأى المعارض ان أحكام الشريعة قد أجازت الشفعة من الشريك ، ومن ثم وجب حتما الرجوع الى تلك الأحكام . وهذا قول مردود ، لأن مادة الشفعة وان كانت مأخوذة أصلا من الشريعة الاسلامية ، الا أن القانون المدنى قد وضع لها على التعاقب نظاما متفقا مع الضرورة التى أوجدتها ، بحيث لا يصح الخروج عن أحكام النصوص التى اكتفى الشارع المصرى بوضعها لها وحصرها فيها دون غيرها من الأحكام الخاصة بالشفعة فى كتب الفقهاء .

وقد كان للشريك على المشاع أن يأخذ بالشفعة نصيبا مناسبا لحصته فيما اشتراه شريكه من العقار المشترك ، وذلك عملا بالمادة ٩٥ من القانون المدنى المختلط التى ألغيت .

ولكن التشريعين المدنيين الجديدين المختلط والأهلى فيما يختص بالشفعة قد جاءا بقانونى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ للأول و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ للثانى ، فى نصوص واحدة . وقد نص فى أولهما على الغاء المواد من ٩٣ الى ١٠١ من القانون المدنى المختلط ، وبذلك تكون المادة ٩٥ السابق الكلام فيها قد ألغيت فى قانون الشفعة الجديد للمحاكم المختلطة [٢] .

(٤) يقول الرأى المعارض بأن لا حاجة للشارع الى النص صراحة فى قانون الشفعة على قسمة العين بين أصحاب الدرجة الواحدة شفعاء ومشترين ، اكتفاء بنص الفقرة الثانية من المادة السابعة ، وهذا قول مردود أيضا ، لأن المادة السابعة من قانون الشفعة نصت فى الفقرة الأولى منها على أن يكون الحق فى الشفعة فى حالة تعدد الشفعاء على التفاضل ، وبالترتيب المذكور فيها ، ثم

(١) استئناف أسيوط ٢ مارس ١٩٢٧ .

(٢) حكم استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

نصت فى الفقرة الثانية منها على حالة تعدد الشفعاء من مالكى الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع فيما بين كل فريق منهم ، ومعنى هذا النص صريح فى أن الفقرة الأولى منه تقتضى تعدد الشفعاء من درجات مختلفة ، والفقرة الثانية تقتضى حالة تعدد الشفعاء من درجة واحدة ، وفى كلتا الحالتين يكون الأخذ بالشفعة من مشتر غير شفيع .

و بما أن المادة الثامنة من القانون قد أتت بعد المادة السابعة ونصت على ما يأتى « يثبت حق الشفعة وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى » ، فهذا النص يدل صراحة على أن حق الشفعة يثبت للشفيع اذا كان الشفيع أسبق فى الدرجة ، بحسب ترتيب الفقرة الأولى من المادة السابعة ، من المشترى الحائز لما يجعله شفيعا بمقتضى المادة الأولى ، وعلى ذلك لا يكون للشفيع أن يشفع من شفيع الا اذا كان أسبق منه فى الدرجة بحسب الأولوية التى نصت عليها المادة السابعة فقرة أولى منها من قانون الشفعة [1] .

(٥) لا محل للقول بأن امتياز أحد الشركاء على المشاع بالصفقة وانفراده بها وحرمان باقى الشركاء منها يخل بالتوازن بين أنصبتهم ، لأن الشارع قد لاحظ فى ذلك انعدام علة الشفعة فى هذه الحالة ، لعدم وجود شريك جديد فى العقار المشترك ، هذا فضلا عن أن حكمة الشفعة ، انما هى دفع الأذى المحتمل من وجود شريك أو جار جديد ، لا دفع اختلال التوازن بين أنصبة الشركاء [2] .

١٤١ — رأينا — نحن من الرأى الأول للأسباب التى استند عليها ، ولأن هذا الرأى يتفق مع النص الفرنسى للمادة ٨ ، ولا يخفى أن نص المادة ٨ وضع أولا بالفرنسية للمحاكم المختلطة ، ثم نقل كما هو للمحاكم الأهلية .

---

(١) استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ .

(٢) حكم استئناف أسيوط وطنطا المتقدمين .

والغرض منه هو وضع حد للخلاف الذى كان سائدا بين المحاكم قبل صدور قانون الشفعة ، فقد رأينا أن بعض المحاكم كان يقضى بأن لا شفعة من مشتر شفيع ، وبعضا آخر كان يقضى بأن الشفعة جائزة من المشترى الشفيع ، فقصد الشارع من وضع المادة فض هذا الخلاف ، فقرر فيها أن حق الشفعة يبقى Le droit de préemption subsiste (١) ، حتى فى حالة ما يكون المشترى حائزا للشروط المذكورة فى المادة الأولى للأخذ بالشفعة même dans le cas où l'acquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er, pour se rendre lui- même préempteur. وأضافت المادة ٨ أن القاعدة الواردة فى المادة السابقة من حيث التفضيل et la règle établie à l'article précédent qui détermine la préférence تطبق أيضا فى هذه الحالة . وكان من اللازم اضافة هذه العبارة حتى لا يؤخذ من النص أن القانون قد عدل فى حالة التزاحم مع المشترى عن القاعدة التى قررها فى المادة السابعة ، بخصوص ترجيح من يكون أقوى سببا من الآخر (٢) . ولم يكن الشارع فى

(١) وقد ترجمت فى النسخة العربية بعبارة « يثبت حق الشفعة » . وهذه العبارة وردت أيضا فى المادة الأولى ترجمة لعبارة : Le droit de préemption appartient .

(٢) وقد جاء فى حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ١٠ اكتوبر سنة ١٩٢٨ :

« ان وجهة الخلاف فى المسألة مرجعها خطأ الفريق الثانى فى تأويل تلك المادة (المادة ٨) ، ولعل الخطأ ناشىء عن سقم النص العربى وترجمته ترجمة حرفية عن الفرنسية ، دون مراعاة الأسلوب اللغوى ، فأوهم خلاف المراد منه ، حتى فهم بعضهم أن النص خاص باحدى صورتى النزاع ، وهى صورة (مراعاة الأولوية) ، فخرج عن مدلولها اتحاد طبقة الشفيع والمشترى ، وهذا وهم ، والمراد هو « يثبت حق الشفعة ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى ، هذا مع مراعاة الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية » . فاثبات حق الشفعة هو المقصود أصلا ، وأما مراعاة الأولوية فأمر ثانوى متفرع عنه يجب العمل به عند وجوده ...

« وحيث انه يؤخذ من ذلك أن النص لا يرمى الى حصر المسألة فى دائرة ضيقة هى دائرة الأولوية ، انما قصد بها استقرار حالة كانت مثار خلاف قبل وضع قانون الشفعة ...

وسنت المادة الثامنة لحسم الخلاف ، وورد فى صدرها نفس العبارة التى صدر بها المادة=

حاجة الى النص على وجوب القسمة فى حالة اتحاد الدرجة ، بأن كان الشفيع والمشترى مالكى رقبة أو شريكين أو صاحبى حق انتفاع ، وصدر المادة صريح فى أن حق الشفعة يبقى حتى فى الحالة التى تتوافر فيها فى المشترى شروط الشفعة .

العقود التى تجيز الشفعة والتى لا تجيزها

١٤٢ — لا تجوز الشفعة الا فى بعض الأحوال التى تنتقل فيها ملكية العقار من شخص الى آخر . وهذه الأحوال ليست واحدة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون . ولذلك سنذكر أولا أحكام الشريعة الغراء ، ثم نأتى بأحكام القانون .

فى الشريعة الاسلامية

١٤٣ — رأى المالكية — المشهور عن مالك أن الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض ، كالبيع وهبة الثواب والصلح والمهر والخلع وارش الجنايات وغير ذلك . وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث ، فلا شفعة فيه . وبهذا قال الشافعى . وحكى عن مالك رواية ثانية فى المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته . وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى . لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى ، لأن اقدام المشترى على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه ، فانتزاعه منه أعظم

=الأولى ، وهى « يثبت حق الشفعة » ، ومن هنا يفهم أن هذه العبارة هى المقصودة أصلا دون عبارة « وتراعى أحكام الأولوية » ، على خلاف ما يفهم من أسباب حكم محكمة استئناف أسيوط . على أن فى النص الفرنسى لصدر المادة الثامنة لفظا أقوى دلالة من ثبوت الحق ، فان اللفظ subsiste يدل على وجوب استمرار حق الشفعة وقيامه حتى ولو كان المشترى صاحب حق فى الشفعة ، والمفهوم من ذلك توكيد حق الشفعة فى هذه الحالة مع مراعاة الأولوية عند الاقتضاء ، فاذا لم يكن للأولوية وجه تعين العمل بالفقرة الأخيرة من المادة السابعة .

راجع أيضا مقال حامد فهمى بك ص ٢٦٦ وما بعدها .

ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه [١] .

١٤٤ — **رأى الشافعية** — تثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع ، لحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض ، كالاجارة والزواج والخلع ، لأنه عقد معاوضة ، فجاز أن تثبت فى الشقص المملوك به كالبيع .

فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض ، كالوصية والهبة من غير عوض ، فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ملكه بغير بدل ، كما لو ملكه بالارث [٢] .

١٤٥ — **رأى الحنابلة** — يشترط أن يكون المشفوع شقصا منتقلا بعوض . فالمنتقل بغير عوض أشبه الميراث . ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه . وليس غيره فى معناه . لأن الشفيع يأخذ من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ، ولا يمكن هذا فى غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه ، لا بقيمته ، وفى غيره يأخذه بقيمته فافترقا [٣] .

١٤٦ — **رأى الحنفية** — لا تثبت الشفعة عند الحنفية الا بعقد البيع وما فى معناه من المعاوضات المالية . وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضى أنها فى المبيعات ، بل ذلك نص فيها [٤] .

فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع ، حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية ، لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بما تملك هو ، فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع اما أن يأخذ بالقيمة أو مجانا ، ولا سبيل الى الأول لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة ، ولا الى الثانى لأن الجبر على التبرع ليس

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ — الحطاب ٥ ص ٣١٥ .

(٢) المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٧ — ٤٦٨ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٠٥ — المجلة المادة ١٠٢١ — سليم باز على المادة ١٠٢١ — البدائع ٥ ص ١٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

بمشروع ، فامتنع الأخذ أصلا [١] .

وتثبت الشفعة سواء أصدر البيع من المالك نفسه ، أم من وكيله ، أم من النائب عنه [٢] .

ويشترط أن تكون المعاوضة معاوضة مال بمال [٣] . فاذا لم يكن البدل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة ، لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة .

بناء على ذلك لا تجرى الشفعة فى حالة ما يتزوج رجل امرأة ويجعل مهرها بيتا [٤] . ولو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باعها داره بمهر المثل تجب الشفعة . وكذلك لو جعل الدار بدل المهر المسمى عند العقد أو بعده ، فتثبت فيها الشفعة ، لأنه حينئذ مبادلة مال بمال ، اذ أن ما أعطاه من العقار بدل عما فى ذمته من المهر [٥] .

ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا ، فلا شفعة فى شىء من الدار عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين تجب الشفعة فى حصة الألف . وكذلك لو خالع المرأة على أن يرد الزوج عليها ألفا ، فعلى هذا الخلاف [٦] .

كذلك لا تجرى الشفعة فى الدار التى ملكت بدل الأجرة ، لأن بدل الدار هنا ليس بمال ، وانما هى الأجرة التى هى من قبيل المنافع [٧] .

---

(١) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٩١ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — البدائع ٥ ص ١٢ .

(٤) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ .

(٥) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — سليم باز على المادة ١٠٢٥ من المجلة — الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .

(٦) كذا فى محيط السرخسى — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — راجع نبذة ١٥٣ .

(٧) المجلة المادة ١٠٢٥ .

راجع أيضا مرشد الحيران المادة ١٠٨ : « لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو ارث أو وصية ، ولا فى عقار ملك ببدل ليس بمال ، كما لو استأجر شيئا بدار أو حانوت » .

وقال مالك وابن أبى ليلى والشافعى تجب فيه الشفعة .

١٤٧ — التفرقة بين المنتقل بعوض وبغير عوض — مما تقدم يرى أن الفقهاء يفرقون بين المنتقل بعوض والمنتقل بغير عوض . ولا خلاف عندهم فى جواز الشفعة فيما عوضه المال . كذلك لا خلاف عندهم فى أنه لا شفعة فى الميراث [1] . أما فيما عدا ذلك فقد تباينت الآراء .

١٤٨ — المنتقل بعوض — ينقسم المنتقل بعوض قسمين :

القسم الأول : ما عوضه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف . وهو فى حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع ، كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وبهذا يقول مالك والشافعى وأحمد وأصحاب الرأى . الا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا ، لأن الهبة لا تثبت الا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار . ورد على ذلك بأنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر الى القبض فى استحقاق الشفعة كالبيع . ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم [2] .

القسم الثانى : ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشقص مهرا أو أجرة أو عوضا فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد . فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه ، لأنه لم يتعرض فى جميع مسائله لغير البيع . وهذا قول أبى بكر . وبه قال الحسن والشعبى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، حكاه عنهم ابن المنذر واختاره . وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة ، و به قال ابن شبرمة والحارث العكى ومالك وابن أبى ليلى والشافعى . ثم اختلف بم يأخذه . فقال ابن شبرمة وابن أبى ليلى يأخذ الشقص بقيمته . وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد ان كان الشقص صداقا

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٨ — ٤٦٩ .

أو عوضا فى خلع أو متعة فى طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول العكى الشافعى ، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل ، فيجب الرجوع الى قيمة البدل فى الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعوض . واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع [(١)] .

فالأعواض المتقدمة متقومة عند من يقول بوجوب الشفعة ، فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها ، كما فى البيع بعوض ، ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا ، والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على جعله قيمة لها ، بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض ، اذ هو غير مشروع [(٢)] .

وعند الحنابلة والحنفية أن المستحق بالعقود المتقدمة ليس بمال ولا هو مثل المال لا صورة ولا معنى ، فلم يصلح المال قيمة له ، لأن قيمة الشىء ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المقصود ، ولا اتحاد فى المقصود بين المال و بين هذه الأشياء ، فلا تكون قيمة لها . غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها ، لأن ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة فى حق ثبوت الشفعة ، فلا تكون متقومة فى حقه ، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ، ولأن الشفيع يتملك بما يتملك به المشترى من السبب لا بسبب آخر ، وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الأول ، لأن الأول زواج أو اجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلا ، ولو أخذه لكان بيعا وفيه انشاء تصرف غير الأول ، والأخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الأول [(٣)] .

١٤٩ — المنتقل بغير عوض [(٤)] — الهبة للثواب لا شفعة فيها عند

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٩ .

(٢) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ .

(٣) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — المغنى ٥ ص ٤٦٩ .

(٤) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » ٢ نبذة ٨٥٢ و ٨٦٢ و ٩٣٤ وما بعدها .

أبى حنيفة ، ولا الشافعى . أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده فى البيع فقط . وأما الشافعى فلأن هبة الثواب عنده باطلة . وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة [(١)] .

وأما الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق كما تقدم [(٢)] .

فى القانون

١٥٠ — النص القديم — بمقتضى نصوص الشفعة الملغاة فى المجموعة المدنية لا تثبت الشفعة الا بعقد البيع أو المعاوضة ، اذ نص فى المادة ٧٠/٩٦ من المجموعة المدنية على أنه : « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة » .

١٥١ — قانون الشفعة — أما قانون الشفعة فلا يجيز الأخذ بها الا فى حالة البيع فقط ، حيث جاء فى المادة ٥ منه :

« لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ، ولا ممن تملك بغير المبايعة » .

«Ce droit n'existe ni contre le donataire ni contre celui qui a acquis autrement que par vente.»

فلا تجوز فى حالة المعاوضة ، وان كانت المعاوضة تنتج نفس الآثار التى ينتجها البيع الا ما استثنى . ولكن المادة ٥ من قانون الشفعة لم تذكرها ، خلافا للمادة ٧٠/٩٦ مدنى الملغاة ولأحكام الشريعة [(٣)] .

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٣) جاء فى بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ : واختلف فى الشفعة فى المناقلة ، وهى تبديل أرض بأرض . فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الأجانب ، فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الأجانب .

المقايضة المقترنة بمعدل

١٥٢ — جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز فى المقايضة (أى المعاوضة أو البدل) l'échange ، فى حالة قيام أحد المتعاقدين بدفع فرق أو معدل البدل soulte للآخر .

فيرى بعض الشراح عدم التفريق بين ما اذا كان فى المقايضة فرق أو كانت بدون فرق [١] .

ويرى بعض آخر وجوب التفرقة ، بأن ينظر الى المبلغ المدفوع فرقا ، فان كان كبيرا ، بحيث يعتبر ثمنا حقيقيا ، فتجوز الشفعة ، لأن العقد يكون فى الواقع بيعا . مثال ذلك أن تحصل مقايضة خمسة أفدنة مقابل فدان و٤٠٠ جنيه ، فان الشفعة تجوز فى هـذه الحالة ، والا لو رفضت الشفعة لوجد العاقدان سبيلا لمنعها ، وهو اضافة عقار بقيمة زهيدة الى الثمن [٢] .

وعندنا أن الرأى الأخير وجيه ، ومبناه قصد العاقدين. ومتى أجزنا الشفعة فى هذه الحالة فيجب على الشفيع أن يقوم بدفع المبلغ المعتبر فرقا ، وكذلك قيمة العقار . وهذه القيمة تقدر عند الضرورة بمعرفة الخبراء .

واذا كان الفرق قليلا فلا تجوز الشفعة .

١٥٣ — وقد اختلف الفقهاء فى المسئلة الآتية :

لو تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم . لا شـفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة .

= وصورة المناقلة أن يكون لشخص حصة من دار مثلا ولآخر حصة من أخرى ، فناقل كل منهما الآخر ، فلشريك كل أن يأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معا من الدارين (الشرح الصغير للشيخ الدردير جزء ٢ ص ٢٠١) .

راجع أيضا منح الجليل جزء ٣ ص ٥٨٧ .

(١) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٢) دى هلتس نبذة ٩ و ١٠ — فورچير ص ١٣٠ .

وقال الصاحبان تجب فى حصة الألف ، لأنه مبادلة مالية فى حقه .

وأبو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ، ولا شفعة فى الأصل فكذا فى التبع ، ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة دون التبع [(١)] .

١٥٤ — **اثبات أن العقد بيع لا مقايضة** — اذا طلب شفيع أن يثبت بالبينـة أن المشارطة بين الذين رفع عليهم دعوى الشفعة كانت على بيع ، وليست على بدل كما هو مذكور بتلك المشارطة ، فليس ثمة ما يمنع من التصريح له بذلك ، ولا يكون هناك محل للقول بعدم جواز الاثبات بالبينة بمجرد أن الواقعة المراد اثباتها تخالف ما تدون بالعقد ، لأن طالب الشفعة لم يكن طرفا فى ذلك العقد [(٢)] .

الهبـــة

١٥٥ — **فى الشريعة الاسلامية** [(٣)] — بمقتضى أحكام الشريعـة الاسلاميـة لا تصح الشفعة فى الهبة فى قول عامة أهل العلم ، ومنهم مالك ، والشافعى وأصحاب الرأى .

وحكى عن مالك رواية أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقة ، أن فيه الشفعة كما تقدم ، ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، لأن الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة ، وهـذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى ، لأن اقدام المشترى على شراء الشقص وبذله ما له فيه دليل حاجته اليه ، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — راجع ما تقدم نبذة ١٤٦ .

(٢) استئناف ٣١ ديسمبر ١٩٢٢ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى غنيم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٦٩ ص ١١٩ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٤٩ .

الحاجة اليه [١] .

وحجة من يقول بعدم جواز الشفعة أن المنتقل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع ، والخبر ورد فيه ، وليس غيره فى معناه ، لأن الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به اليه ، ولا يمكن هـذا فى غيره ، ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته ، وفى غيره يأخذه بقيمته فافترقا [٢] .

١٥٦ — *الهبة بشرط العوض* — أما بالنسبة للهبة بشرط العوض فعند الامام أبى حنيفة لا تثبت الشفعة الا بعد أخـذ العوض . وعنـد زفر تثبت فيها الشفعة . وذلك لأن الهبة بعوض معتبرة عند الامام أبى حنيفة تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء ، أى أنها معتبرة كالبيع من وقت تسليم العوض فقط [٣] . أما عند زفر فالهبة بعوض معتبرة معاوضة ابتداء وانتهاء ، أى معاوضة من وقت العقد [٤] .

ولا أهمية للفظ الهبة ، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٨ — البدائع ٥ ص ١١ — ما تقدم نبذة ١٤٣ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٣) راجع المجلة المادة ١٠٢٢ : الهبة بشرط العوض فى حكم البيع . فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه اياها كان لجارها الملاصق حق الشفعة .

وسليم باز على هذه المادة .

وقد جاء فى البدائع ٥ ص ١١ ، وفى الفتاوى الهندية (٥ ص ١٦٠) : وان كانت الهبة بشرط العوض ، فان تقابضا وجبت الشفعة (لوجود معنى المعاوضة عند التقابض) ، وان قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة . ولو وهب عقارا من غير شرط العوض ، ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك دارا ، فلا شفعة فى الدارين ، لا فى دار الهبة ، ولا فى دار العوض ، لأن اعطاء دار العوض هبة مبتدأة ، الا أنها اختصت بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضا حقيقة ، بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه خمسـة جاز ، ولو كان عوضا حقيقة لما جاز ، لأنه يكون ربا دل أن الثانى ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة ، بل كان هبة مبتدأة ، فلم تجب به الشفعة .

(٤) البدائع ٥ ص ١١ .

عن البيع خاصة [١] . وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد .

١٥٧ — فى القانون — لا تجوز الشفعة بسبب الهبة ، كما نصت على ذلك صراحة المادة ٥ من قانون الشفعة .

واذا كانت الهبة بعوض فمن رأى بعض الشراح عدم جواز الشفعة أيضا [٢] .

وعنـدنا أنه يصح القول بجواز الشفعة فى حالة العوض ، وأن يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقى ، لا العوض المسمى فى العقد [٣] . ومن هـذا الرأى أيضا الأسـتاذ زكى العرابى بك . وفى ذلك يقول [٤] : « الشريعة الاسلاميـة تجيز الشفعة فى هـذه الحالة ، ويكون الشفيع ملزما بدفع الثمن المتفق عليه على قلته . ولـكن هذا فيه اجحاف ، لأن فرق الثمن من القيمة الحقيقية هو فى هذه الحالة هبـة مقصودة للمشترى ، ولا يصح عدلا منح الشفيع الحق فى أن يحل محل المشترى فى تلك الهبة و يأخذها لنفسه . القانون ساكت فى هذه النقطة، وحال سكوت القانون فى المواد المدنية يرجع لقواعد العدل ، وهى تقضى بأن يلزم الشفيع بدفع القيمة الحقيقية ، لا الثمن الحقيقى المتفق عليه ، اذ لا يصح للشفيع أن ينتفع بشرط فى العقد مقصود به شخصية المشترى ، بخلاف ما لو كان هـذا النقص فى الثمن غير مقصود من البائع ، وانما هو من قبيل الغبن فقط جهلا من البائع ، ففى هذه الحـالة تثبت الشفعة بالثمن المسمى ، لأن البائع لم يقصد الهبة ، فمادة الهبـة اذن ليست موجودة فى العقـد ، وعليه فلا يكون هنالك شرط فى العقد مقصود به شخصية المشترى » .

١٥٨ — اتصاف الهبة بعقد آخر — قد يحصل فى كثير من الأحوال

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٨ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٤) ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) .

(٤) ص ١٢ .

أن يتصف العقد بغير صفته الحقيقية ، كأن يكون مثلا عقد بيع ويجعل فى صورة عقد هبة ، أو العكس ، ففى هذه الأحوال لا يعول على الشكل الظاهر للعقد ، ويكون للشفيع أن يثبت حقيقته بكل طرق الاثبات ، ولو بالقرائن [١] .

وقد قضت محكمة مصر [٢] بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة اذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما اذا صدر البيع من أب لابنه بثمن زهيد . وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة ، لأنه لا يترتب على الهبة [٣] .

وقررت محكمة الاستئناف [٤] أن العقود تفسر بحسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه ، مهما كانت الألفاظ والمعانى اللغوية المستعملة لذلك ، وعليه لا تصح الشفعة فى العين الموهوبة ، ولو وصفت فى العقد بالبيع [٥] .

١٥٩ — ويجب أن يلاحظ ، كما قررت محكمة الاستئناف [٦] ، أنه لا القرابة البعيدة ، ولا المصاهرة بين المشترى والبائع ، ولا خسة الثمن المذكور فى العقد ، تكون قرينة على أن العقد المحرر ببيع عقار يحتوى فى الحقيقة على هبة ، وقلة الثمن ربما يكون القصد منها تخفيف مصاريف التسجيل على المشترى .

ويظهر للأستاذ زكى العرابى بك أن اعتبار العقد بحسب الغرض الذى

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٧ (١٤ ص ٣١٤) — دى هلتس نبذة ١٢ — فورچير ص ١٣٠ و ١٣١ .

(٢) حكم استئنافى ٢٦ نوفبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ الحقوق ١٤ ص ٦٦ .

(٣) راجع أيضا استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٢ ص ٨٩) المحاكم ١ ص ٥٢ .

(٤) أول ديسمبر ١٨٩١ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو اندرس وعمر رشدى بك) الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢ المحاكم ٥ رقم ١٩٩ .

(٥) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ (٦ ص ٧٣) ، ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) .

(٦) ١٩ نوفبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلتس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

راجع مصر الابتدائية ٢٦ نوفبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٩ .

يقصـده المتعاقدان مناقض للمبدأ القـانونى الذى لا يجيز لأحد المتعاقدين اثبات صورية العقد ضد ثالث . واذا كانت نية المتعاقدين حقيقة هى الهبة فان اختيارهما وصف العقد بكونه بيعا دليل على أن الهبة ليست واقعـة على العين نفسها ، بل على الثمن ، فالمالك باع العقار للمشترى ، ثم تنازل له عن الثمن ، فيوجد فى الحقيقة عقدان متواليان ، عقد بيع للعين وعقد هبة للثمن مستقل عن العقد الأول وهذا لا يمنع من الشفعة . ويضيف العرابى بك : ولعل أساس هذه الأحكام هو الميل الى التضييق فى تأويل حق الشفعة (١) .

١٦٠ — للموهوب له أن يشفع — اذا وهب شخص لآخر عقارا ، ثم بعد ذلك باع عقارا غيره ، فان للموهوب له أن يطلب هذا العقار الأخير بالشفعة اذا توافرت شروطها ، ولا يمنع كون العقـار المشفوع به سـبق أن وهبه البائع للشفيع ، لأن الموهوب له تملك العقار الموهوب ، وكل الحقوق الخاصـة بالملـكية المتعلقة بهذا العقار ، ومنها حق الشفعة (٢) .

١٦١ — هبة المشترى العين المشفوعة — اذا وهب المشترى أو وقف العين المشفوعة قبل رفع دعوى الشفعة فلا يسقط الحق فى طلبها (٣) .

وقد قضى بأن عقود الهبة الصادرة من المشترى الى الغير لا يسرى عليها

---

(١) نبذة ١٥ ص ١٤ .

(٢) استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٠٤ برياسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ .

(٣) أسيوط استئنافى ٨ اكتوبر ١٨٩٨ القضا ٦ ص ١٧٦ — استئناف ١٥ مايو ١٨٩٥ (دائرة محمد زكى بك ومسيو اندرس والقاضى يحي ابراهيم) القضا ٢ ص ٢٤٣ .

راجع أيضا أسيوط ١٩ اكتوبر ١٨٩٧ (دائرة أحمـد حلمى بك والقـاضى محمد زكى والقاضى عطية حسنى) القضا ٥ ص ٥٨ . وقد قرر هذا الحكم أنه عند عدم وجود نص فى القانون الأهلى فيما يتعلق بالشفعة يرجع لنص أحكام الشرع الشريف . وقضى بأنه لو تصرف المشترى فى العين المشتراة قبل أخذ الشفيع ، فجعلها معبدا ووقفه ، فللشفيع أن ينقض تصرف المشترى ، ويأخذ العين بالشفعة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

نص المادة ٥ من قانون الشفعة الذى يقرر أنه لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له . فالموهوب له الذى يتلقى حقه من المشترى ليس له أن يتمسك بنص المادة الخامسة المذكورة ضد الشفيع الذى يطلب أخذ العين الموهوبة بالشفعة باعتبار أن حقه نشأ من تاريخ البيع الصادر من المالك الأصلى الى المشترى الذى صدرت منه الهبة بعد ذلك [١] ، اذا كان لا يزال فى الميعاد القانونى للشفعة ضد الواهب ، وذلك لأن الموهوب له لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من حقوق الواهب [٢] .

١٦٢ — التحايل بطريق الهبة لمنع الشفعة — قد يحصل أن يبيع شخص عقارا لآخر ، ولكى يمنع الشفعة يهبه الجزء المجاور للشفيع ، ففى هذه الحالة يكون للشفيع الحق فى أن يثبت أن العقد بيع ، وأما الهبة فقد التجىء اليها بقصد منعه من الشفعة ، كأن يثبت أن الثمن المتفق عليه مساو لقيمة العقار الحقيقية ، بما فى ذلك الجزء الموهوب [٣] .

ويجوز للشفيع أن يثبت حقيقة العقد بكل طرق الاثبات [٤] .

الميراث والوصية

١٦٣ — لا تجوز الشفعة بسبب الميراث . كذلك لا تجوز بسبب الوصية . وقد جاء فى المادة ١٠٢٣ من المجلة : « لا تجرى الشفعة فى عقار ملك لآخر بلا بدل ، كما لو تملك واحد عقارا بهبة بلا شرط العوض ، أو بميراث ، أو

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٤٠٠) المحاماة ٥ رقم ٥٨٢ ص ٧٠٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٥ .

راجع القواعد الخاصة بالتصرف فى العين المشفوعة .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٦٠) — العرابى بك نبذة ١٦٠ ص ١٤ .

(٣) دى هلتس نبذة ٧٦ — فتحى زغلول باشا ص ٨٨ — ما تقدم نبذة ١٠٤ .

(٤) العرابى بك نبذة ١٤ ص ١٣ .

وصية » (١) .

القسمة

١٦٤ — لا تجوز الشفعة بسبب القسمة ، لأن القسمة معلنة ومقررة لحقوق الشركاء ، وان كان فيها معنى البيع ، وذلك بمقتضى المادة ٤٥٧ من المجموعة المدنية الأهلية التى تقول : « وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت » .

على أن الشارع المختلط جاء بنص سوى فيه بين القسمة والبيع ، اذ قررت المادة ٥٥٥ من المجموعة المدنية المختلطة المقابلة للمادة ٤٥٧ أهلى : « قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل مالك لحصته الشائعة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . ولكن بالرغم من نص المادة المذكورة ، فان المحاكم المختلطة ، بعد التردد ، حكمت بأن القانون المختلط كالقانون الأهلى والفرنسى فى هذا الصدد ، وأن القسمة فيه مقررة للملكية (٢) .

فحكم الشفعة بالنسبة للقسمة واحد فى القانونين الأهلى والمختلط ، وهو عدم جوازها .

وهو حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، فقد جاء فى مرشد الحيران المادة ١١٤ : لا تجرى الشفعة فى القسمة ، فاذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا

---

(١) البدائع ٥ ص ١١ — الحطاب ٥ ص ٣١٥ — ٣١٦ .

(٢) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » الجزء الأول نبذة ٣١٥ وما بعدها .
وكتابنا « العقود المدنية الصغيرة » نبذة ١٨٢ .
استئناف مختلط ٤ ابريل ١٨٨٩ (١ ص١٤٧) ، ٨ مايو ١٨٩٠ (٢ ص ٤٠٩) — دى هلتس نبذة ١١ .

يكون الجار شفيعا فيها »[١] .

الصلح

١٦٥ — فى الشريعة الاسلامية — بمقتضى الشريعة يجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ، لوجود معنى المعاوضة — وفيه تفصيل . فقد جاء فى البدائع :

« وتجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ، سواء كان الصلح على الدار عن اقرار أو انكار أو سكوت ، لوجود معنى المعاوضة . أما فى الصلح عن اقرار فظاهر ، لأن المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه ، فكانت الدار التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعا ، فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح . وأما فى الصلح عن انكار فلأن عند المدعى أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت ، فكان الصلح معاوضة فى حقه ، وكان للشفيع فيها حق الشفعة . وكذا فى الصلح عن سكوت المدعى عليه ، لأن المدعى ان كان محقا فى دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة ، وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه فى زعمه ، فيتحقق معنى المعاوضة فى زعمه .

« ولذا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة فى هذا الصلح من الجانبين جميعا . وأما عن انكار فلا تجب به الشفعة ، لأن فى زعم المدعى عليه أن الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة ، فلا يتحقق معنى المعاوضة فى حقه ، فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة

---

(١) راجع أيضا المادة ١٠٢٧ من المجلة — البدائع ٥ ص ١١ .

راجع أيضا الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ ، وحاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ : فى القسمة المبادلة أيضا ، ولكن الشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة ، وهى المبادلة من كل وجه .

وجاء فى الفتاوى الهندية (٥ ص ١٦٤) : واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضى أو بغير قضائه .

للحال ، ولكنه يقوم مقام المدعى فى اقامة الحجة ، فان أقام البينة على صاحب اليد أن الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة ، لأنه تبين أن الصلح وقع معاوضة حقيقية ، وان لم تقم له الحجة فلا شفعة له . وكذلك لا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن سكوت ، لأن المدعى ان كان محقا فى دعواه كان الصلح معاوضة ، فتجب الشفعة ، وان كان مبطلا لم يكن معاوضة فى حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة على الاحتمال ، لأن الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك فى شرطه ، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك .

« ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة فى الدار المصالح عنها ، سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار ، لأن بدل الصلح ليس بعين مال ، فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال ، وهذا من شرائط ثبوت الشفعة .

« ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار و يعطيه دارا أخرى ، فان كان الصلح عن انكار تجب فى كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى ، لأن الصلح اذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار ، وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ، ولا تجب الشفعة فى الدارين جميعا ، لأنهما جميعا ملك المدعى[1] » .

١٦٦ — **فى القانون** — الصلح الواقع فى ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لا ينبنى عليه طلب الشفعة ، لأنه ليس ناقلا للملكية ، بل مقررا لها ، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار ، بل ما قد يكون للطرفين من الحظ فى

---

(١) البدائع ٥ ص ١١ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ .

وجاء فى الحطاب ٥ ص ٣١٥ : وقد قال فى الجواهر فى آخر كتاب الصلح اذا ادعى رجل على رجلين دارا ، فكذبه أحدهما وصدقه الآخر ، فصالحه المصدق على مال ، فأراد المكذب الأخذ بالشفعة ، فله ذلك .

كسب أو خسارة دعوى بخصوص الملكية [١] .

والصلح يقتضى بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ، ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة رتبها القانون فى منفعة شخص معين [٢] . فضلا عن أن الصلح بين طرفين ينافى حق الشفعة الذى يتمسك به أجنبى ، لأنه يستلزم من قبل الطرفين واجبات شخصية لا يمكن لهذا الأجنبى أن يقوم بها [٣] . وبذلك يتعذر أن يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق كما تنص على ذلك المادة ١٣ من قانون الشفعة [٤] .

الوفاء بتقديم عين Dation en paiement

١٦٧ — لا تجوز الشفعة فى العقار المعطى للدائن باختيار مالكه وفاء للدائن ، وان زاد ثمنه على الدين المذكور ، وهو كالصلح على يد المحكمة [٥] .

عقود المبادلة ذات الصفة الخاصة

١٦٨ — يجب قصر حق الشفعة فى الحدود القانونية ، ولا يجوز امتداده للعقود ذات الصفة الخاصة sui generis التى لا تقتصر على نقل الملكية بمقابل ، كما فى الحالة التى يكون فيها نقل الملكية مشتركا مع البيع والهبة

---

(١) استئناف أهلى ٢٥ ابريل سنة ١٩٠١ (دائرة مستر بوند ومسيو دى هلتس ويوسف شوقى بك) المجموعة ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ الاستقلال ٢ رقم ٧٤ ص ٩٤ الحقوق ١٨ ص ٩٠ .

(٢) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٣) حكم الاستئناف المتقدم — راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) — دى هلتس نبذة ١٤ .

(٤) بنى سويف الابتدائيـة (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

(٥) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ و ٨٤ — دى هلتس نبذة ١٤ . وهذا هو حكم الشريعة أيضا — راجع الزيلعى ٥ ص ٢٦٠ .

أو الصلح [١] .

ففى حالة نقل الملكية ، الذى يحصل بنصف القيمة ، بسبب اعتبارات متعلقة بشخص المشترى ، وتخصيص الشىء ، لا تجوز الشفعة ، لأن مثل هذا العقد يكون فى نفس الوقت بيعا وهبة [٢] .

وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يدعى بالحق فى الشفعة على من كان ملتزما أرضا من الحكومة ، فحازها على شرط أن يطهرها رعاية للصحة العامة ، لأن ذلك العقد لا يشبه بعقد من عقود البيع [٣] .

وقضت بهذا المعنى أيضا فى قضية أخرى ، مقررة أن البيوع الصادرة من الحكومة لبعض الأشخاص الذين أصلحوا أطيانها ، وتساهلت معهم الحكومة فى الثمن تساهلا كبيرا فى مقابل الاصلاحات التى قاموا بها ، لا تصلح لأن تكون أساسا لدعوى الشفعة ، لأنه ليس من المقبول ولا من العدل أن ينتفع الشفيع بالثمن الأساسى الذى ذكر فى عقد البيع ، مع أنه ليس مقابل القيمة الحقيقية للأرض [٤] .

ومن رأى الأستاذ زكى العرابى بك جواز الشفعة « لأن الهبة فى هذه الحالة ليست واردة على المبيع نفسه ، بل على جزء من الثمن فان البائع لم يقصد

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ (٢٣ ص ٨٩) ، ١٠ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٢٣٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر ١٩١٠ المتقدم .

راجع أيضا استئناف مختلط ٤ يناير ١٨٩٩ (١١ ص ٨٨) . وقد جاء فيه أنه اذا بيع عقار بنصف قيمته نظرا لحالة المشترى والغرض المخصص له العقار فلا شفعة ، لأن هذا العقد فيه مادة الهبة ، والشفعة حق استثنائى لما فيه من الحجر على حرية التصرف ، فيجب حصره فى الدائرة التى أوجده بها القانون .

(٣) ٢ فبراير ١٨٨٨ القضا ١ ص ١٥ .

(٤) استئناف مصر ١٩ يناير ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل ومحمد مصطفى بك) المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٦ .

أن يعطى للمشترك جزءا من المبيع بثمنه والجزء الآخر بلا مقابل ، ولـكن باع اليه العقار كله ، وغاية ما فى الأمر تنازل له عن جزء من الثمن . فـكأن البيع حصل أولا بمعناه الأكمل ، ثم حصل الحط بعد ذلك من الثمن ، فتثبت الشفعة بموجب هذا البيع ، ولا يجوز أن يسرى هذا الحط على الشفيع »[١] .

ونحن نرى جواز الشفعة اذا لم يكن البيع حصل لاعتبارات خاصة بشخص المشترى ، أما اذا وجدت هذه الاعتبارات فان العقد لا يكون بيعا ، بل يكون عقدا ذا صفة خاصة ، ولا تجوز فيه الشفعة .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة قبول دعوى الشفعة من الشفيع الذى تتوافر فيـه شروط الشفعة فى الأطيان التى تبيعها الحـكومة بالممارسة ، ولو كان المشترى مستأجرا الأطيان التى اشتراها من سنوات عـديدة مضت ، فأعطته الحـكومة الأولوية فى الشراء بسبب الاصـلاحات والتحسينـات التى يكون أجراها فى الأطيان[٢] .

الوقف

١٦٩ — **فى الشريعة الاسلامية** — لا شفعة فى الوقف . فاذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان بعض المبيع ملـكا وبعضه وقفا وبيع الملك ، فلا شـفعة للوقف[٣] .

ولـكن اذا بيع الوقف بمسوغ شرعى ، كأن شرط الواقف استبداله فان الشفعة تثبت فيه . أما اذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال ، بأن كان

---

(١) ص ١٢ — ١٣ .

(٢) استـئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩ الجـدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٦ .

راجع تعليق المحاماة على هذا الحـكم .

(٣) مرشد الحيران المادة ١١٣ — المجلة المادة ١٠١٧ و ١٠١٩ — ابن عابدين ص ١٤٧ — الحاشية ص ٥٤٢ .

مسجدا ، فلا يؤخذ بالشفعة ، لعدم صحة البيع [١] .

١٧٠ — فى المجموعة المدنية — نصت المادة ٧١ من المجموعة المدنية على أنه « لا يجوز الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع من الوقف أوله » .

١٧١ — فى قانوں الشفعة — قررت المادة ٤ من قانون الشفعة أن « لا شفعة للوقف » . ولم تنص المادة ٤ على جواز أخذ الشفعة من الوقف . وكما يقول فتحى زغلول باشا [٢] ان النص على حالة وترك أخرى يفيد الاباحة . فالشفعة جائزة من الوقف .

ويلاحظ أن حق الشفعة يتولد من وقت بيع الشيء المشفوع ، فان وقفه المشترى كان الوقف باطلا ويعد هربا من حقوق الشفيع [٣] .

عقود البيع التى تجيز الشفعة

١٧٢ — مما تقدم يرى أن عقود البيع هى فقط التى تجوز فيها الشفعة . ولكن يجب أن تتوافر فى البيع شروط مخصوصة ، فيشترط أن يكون البيع صحيحا ، وأن يخرج المبيع عن ملك البائع . فاذا كان البيع باطلا فلا شفعة [٤] .

وسنتكلم فيما يلى فى البيع الفاسد ، وفى البيع بشرط الخيار ، وفى البيع المعلق على شرط .

البيع الفاسد

١٧٣ — فى الشريعة الاسلامية — بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية

---

(١) شرح مرشد الحيران ص ٩٦ .

(٢) ص ٩٨ .

(٣) بنى سويف نوفمبر ١٨٩٤ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى قاسم أسعد والقاضى عبد اللطيف على) الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص ٣٢٨ .

(٤) العرابى بك نبذة ١٧ ص ١٥ .

اذا كان البيع فاسدا ، لفقده شرطا من شروط الصحة ، لا تثبت فيه الشفعة ، الا اذا انقطع فيه حق الفسخ [١] .

وقد جاء فى المجلة المادة ١٠٢٦ : « يشترط أن يزول ملك البائع عن المبيع. وبناء عليه لا تجرى الشفعة فى البيع الفاسد ، ما لم يسقط حق استرداد البائع .

فلو بقى حق المشترى ، فذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن الشرط زوال ملك البائع ، فان سقط حقه بالفسخ زال ملكه ، وتجب الشفعة .

وعند الامام أبى حنيفة اذا بنى المشترى شراء فاسدا بناء فى الدار التى اشتراها ينقطع حق استرداد البائع ، ويكون للبائع قيمتها ، فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة ، لأن المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع، وقد بطل ، ويكون للشفيع أن يأمر المشترى بهدم البناء ، لأنه لو بناه فى البيع الصحيح يكون له حق النقض ، فاذا بناه فى البيع الفاسد أولى .

وعند أبى يوسف ومحمد لا ينقطع حق استرداد البائع ببناء المشترى فى الدار التى اشتراها شراء فاسدا ، ويرد المشترى الدار على البائع ، ويهدم بناءه ، ولا شفعة فيها ، لأن شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع [٢] .

وينقطع حق البائع أيضا باخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره [٣] . فان أخرج المشترى الدار المبيعة عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء ، لانقطاع حق البائع . أى أن للشفيع الخيار ، ان شاء أخذها بالبيع الأول، وان شاء أخذها بالبيع الثانى . فان أخذ بالبيع الثانى أخذ بالثمن ، لأن البيع الثانى صحيح ، والواجب فيه الثمن ، فيأخذ به ، وان أخذ بالبيع الأول أخذ بقيمة المبيع

---

(١) مرشد الحيران المادة ١١٥ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١١٥ : لا شفعة فيما بيع بيعا فاسدا ، الا اذا انقطع حق البائع عنه ، بأن قبضه المشترى وتصرف فيه تصرفا يمنع فسخ البيع ، كأن وهبه أو بنى أو غرس فيه .

يوم القبض ، لأن المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب [١] .

ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع ، لأن البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للملك ، وانما فسخ لحق الشفيع ، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ، ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله ، لأن ما يكون من مقتضيات حق شخصى لا يثبت على وجه يبطل حقه .

وكذا لو أخرجه عن ملكه بغير البيع ، كالهبة ، أو جعله مهرا ، أو غير ذلك ، نقض تصرفه ، وأخذه بقيمته [٢] .

ويجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا [٣] .

١٧٤ — فى القانوله - أما فى القانون فنرى أنه اذا كان عقد البيع فاسدا ، أى قابلا للبطلان (annulable) ، فانه لا يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ الرجوع اليها لا يكون الا لسد النقص الواضح فى أحكام الشفعة . وهنا لا داعى لعمل التفريق الموجود فى الشريعة ، اذ لا يوجد ما يدل على أن القانون أراد ادخاله ، ولا خطر فى طلب الشفعة فى حالة البيع الفاسد ، وهو الذى يكون صحيحا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، كبيع القاصر ، فلا مانع فيه من طلب الشفعة ، فاذا لم يتأيد هذا البيع وفسخ ، فان الشفعة تسقط بطبيعة الحال معه . ولا معنى لانتظار سقوط دعوى الفسخ ، وتحمل الأضرار التى شرعت الشفعة لمنعها طول مدة الانتظار [٤] ، فتصح الشفعة ، ويحل الشفيع محل المشترى ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع فى

---

(١) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ .

(٢) الزيلعى ٥ ص ٢٥٥ .

(٣) سليم باز على المادة ١٠٢٦ من المجلة .

(٤) دى هلتس نبذة ٨ .

مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك فى مواجهة المشترى [١] .

البيع بشرط الخيار

١٧٥ — فى الشريعة الاسلامية — يشترط زوال ملك البائع عن المبيع كما تقدم ، لأن الشفيع يملك المبيع على المشترى بمثل ما ملك به ، فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشترى ، فاستحال تملك الشفيع . فلا تجب الشفعة فى المبيع بشرط خيار البائع .

١٧٦ — المبيع بشرط خيار البائع — اتفق الفقهاء على أنه لا تجب الشفعة فى المبيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة [٢] .

فان أسقط البائع خياره حتى لزم البيع ، فتجب فيه الشفعة للشفيع .

١٧٧ — هل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع ؟ — اختلف الفقهاء . فيرى بعضهم أن الشفعة تجب للشفيع ان طلبها عند البيع بشروطها ، أى أنه يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة عند حصول

---

(١) زكى العرابى بك نبذة ١٨ — ذهنى بك ، الأموال ، نبذة ٥١٥ — المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

(٢) الزيلعى ٥ ص ٢٥٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ . وقد جاء فى المهذب (١ ص ٣٨١) : وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار ، لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ، وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع ، لأنه يسقط حقه من الفسخ ، والضرر لا يزال بالضرر . قارن رأى أبى الخطاب ، فقد جاء فى المغنى ٥ ص ٤٧١ : « ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيهما كان . وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة ، لأن الملك انتقل ، فتثبت الشفعة فى مدة الخيار كما بعد انقضائه » .

البيع ، والا سقط حقه [١] .

ويرى بعض آخر أنه يكفى حصول الطلب عند سقوط الخيار ، لأن البيع انما صار سببا لافادة الملك فى ذلك الوقت [٢] .

١٧٨ — **خيار المشترى** — ان كان الخيار للمشترى تجب الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع [٣] . وانما اختلف هل دخل فى ملك المشترى أو لم يدخل ، والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد ، فجحد زيد ، وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشىء عن ملكه ، وان لم يحكم بدخوله فى ملك المشترى [٤] . وهـذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى والكوفيين .

وقيل ان الشفعة غير واجبة على المشترى ، لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك [٥] .

١٧٩ — **الخيار للبائع والمشترى معا** — لا شفعة اذا كان الخيار للبائع والمشترى ، لأنه اذا كان الخيار للبائع ، أولهما ، لا يخرج المبيع عن ملك البائع . هذا ما لم يسقط البائع حق خياره [٦] .

١٨٠ — واذا بيعت دار وكان الخيار فيها للبائع أو للمشترى ، وبيعت دار بجنبها ، كان لأيهما الأخذ بالشفعة . لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له ، فله أن يأخذها بالشفعة ، ويسقط خياره ، وينفسخ البيع ، لأن

---

(١) مرشد الحيران المادة ١١٦ : لا شفعة فيما بيع بشرط الخيار للبائع الا اذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع ان طلبها عند البيع بشروطها .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ٨٣ — البدائع ٥ ص ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٣) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٤) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٥) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ .

(٦) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٠ .

الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع ، لأنه أراد بذلك الاستيفاء ، اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام . وكذلك المشترى ان كان الخيار له ، لأن المبيع دخل فى ملكه ، لأنه يصير بالأخذ مختارا للبيع ، فيصير اجازة ، فيلزم ويملك به المبيع ، ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره ، وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة (١) .

وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها ، فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى . كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأن ملكه فى التى يشفع بها ثابت ، فيستحق به الشفعة ، كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع ، لكنه هنا اذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال ، فبدلالته أولى .

ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى ، وهى التى اشتراها المشترى ، كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأنه هو أولى بها من المشترى ، لما عرف أن الشفيع أولى من المشترى ، وليس له أن يأخذ الثانية ، وهى التى أخذها المشترى بالشفعة ، اذا لم تكن متصلة بملكه ، لانعدام سبب الشفعة فى حقها ، واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الأخرى ، وان كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب . وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية ، بل كل من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ، ثم اذا جاء شفيع الأولى بعد ما أخذ المشترى الثانية بالشفعة ، كان لهذا الذى جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة ، وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه (٢) .

١٨١ — الخيار للشفيع — لو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فى المبيع ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ، فان أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ، وصار

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ .

(٢) الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٣ — ١٦٤ .

كأنه باع . وان فسخ فلا شفعة له أيضا ، لأن ملك البائع لم يزل . ولكن الحيلة للشفيع فى ذلك ألا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضى المدة ، فحينئذ له الشفعة (١) .

١٨٢ — وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشترى، والشفيع حاضر فضمن ، جاز البيع ، ولا شفعة له ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له (٢) .

١٨٣ — ولو أن المشترى اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام ، كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشترى ، وذلك لا يمنع وجوب الشفعة (٣) .

١٨٤ — **خيار العيب وخيار الرؤية** — خيار العيب وخيار الرؤية لا يمنعان وجوب الشفعة ، لأنهما لا يمنعان زوال ملك البائع (٤) .

١٨٥ — **الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء** — اذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الأول ، فلا شفعة له بالعود ، لأنه أسقط شفعته عن ذلك ، ولا يعود الا بعود سبب آخر ، وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة ، كما لو اشتراها . وفى الموضوع تفصيل. فان كان الرد بالعيب ، وحصل بعد القبض ، بأن وجد مشترى الدار عيبا بالدار بعد ما قبضها ، وردها بالعيب ، وكان ذلك بعد ما سلم الشفيع الشفعة ، فيختلف فيه القضاء وغير القضاء . فليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة ان كان الرد بالعيب

---

(١) راجع حاشية الشلبى بهامش الزيلعى . ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦٠ — ١٦١ .

(٢) حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٣) راجع حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ .

(٤) البدائع ٥ ص ١٣٤ — المجلة المادة ١٠٢٦ — حاشية الشلبى بهامش الزيلعى ٥ ص ٢٥٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٦١ .

بقضاء قاض ، لأنه انفسخ العقد من أصله ، وعاد على حكم الملك الأول ، ولو كان الرد بغير قضاء ففيه الشفعة ، لأن الشيء عاد بملكه بقوله ورضاه ، فصار كشراء مبتدأ ، فتعلقت به الشفعة (١) .

وان كان الرد بالعيب قبل قبض الدار ، فان كان بقضاء فلا شفعة للشفيع وان كان بغير قضاء فكذلك عند محمد . وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فقد اختلف المشايخ ، بعضهم قالوا للشفيع الشفعة ، وبعضهم قالوا لا شفعة للشفيع (٢) .

وان كان المشترى رد الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، حصل الرد قبل القبض أو بعد القبض ، بتراضيهما أو بغير تراضيهما (٣) .

في القانون

١٨٦ — يشترط في القانون أيضا أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع . فان لم يكن كذلك ، بأن كان البيع موقوفا مثلا على تصديق مجلس الوزراء ، فان حق الشفعة لا يمكن استعماله (٤) .

البيع المعلق على شرط

١٨٧ — لم يذكر قانون الشفعة شيئا عن البيع المعلق على شرط واقف

---

(١) راجع حاشية الشلبي بهامش الزيلعي ٥ ص ٢٥٥ — ٢٥٦ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٣) كذا في المحيط . الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

(٤) راجع استئناف مختلط ١٥ نوفبر ١٩٠٠ (١٣ ص ١٧) ، أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) ، ٢ يونيه ١٩٠٤ برياسة مسيو مريندو (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ رقم ١٠٤ ص ١٠٤ . وقد جاء في هذا الحكم الأخير أن البيع الموقوف لا ينقل للمشترى حقا ، بل شبه حق Spes juris ، وعليه فالجار الذي يعلم بهذا البيع لا يحق له المطالبة بالشفعة ، لأن البيع المذكور ليس كاملا .

(condition suspensive) ، أو شرط فاسخ (condition résolutoire) [١] .

ونرى جواز الشفعة فى الحالتين [٢] .

ففى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، وان كانت الملكية لا تنتقل ، الا أن مثل هذا الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد ، ويعتبر البيع نافذا من وقته . ويقوم طالب الشفعة بدفع المبلغ الذى يكون المشترى تحت شرط قد دفعه .

وفى حالة البيع المعلق فسخه على شرط يكون العقد موجودا ، وآثاره كلها سارية ، وتنتقل الملكية بالعقد وتسجيله ، فيجب على الشفيع أن يطالب بالشفعة ، والا سقط حقه اذا لم يعلن رغبته ، فاذا تحقق الشرط يسقط حقه ، كما كان يسقط حق المشترى الذى حل محله [٣] .

ويرى فتحى زغلول باشا عدم الشفعة فى حالة البيع الموقوف نفاذه على شرط ، لأن الملكية لا تنتقل ، ولا عبرة بأنها عند تحقق الشرط تعتبر أنها نقلت من يوم البيع ، ولأن خيار التقايل لا يزال موجودا حتى يتحقق الشرط [٤] .

وحكمت محكمة المنصورة الجزئية [٥] بجواز الشفعة فى البيوع الفاسدة وفى البيوع الموقوفة على شرط ، لأنها تعتبر جميعها بيوعا مشروعة أصلا ، وتترتب عليها نتائجها القانونية .

١٨٨ — بيع الوفاء (Vente à réméré) — بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (مدنى ٣٣٨/٤٢١/١٦٥٩) . ولا فرق بينه وبين

---

(١) راجع مدنى ٢٣٨/٣٠٤ .

(٢) من هذا الرأى أيضا دى هلتس نبذة ١٥ .

(٣) دى هلتس نبذة ١٦ .

(٤) ص ٨٣ — عكس ذلك : العرابى بك نبذة ١٩ .

(٥) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت بك) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨١ .

البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقيق الشرط وعدمه محدود الأجل ، أى أنه يجب فيه تعيين زمن لرد الثمن وأخذ المبيع [(١)] .

وقد اختلف فيما اذا كانت تجوز فيه الشفعة أم لا .

فحكمت محكمة الاستئناف المختلط [(٢)] بأنه لا تجوز الشفعة فى حالة البيع الوفائى ، الا اذا سقط حق البائع فى الاسترداد ، وأصبح حق المشترى نهائيا .

والظاهر أن محكمة طنطا الابتدائية من هذا الرأى أيضا ، فقد جاء فى حكم لها [(٣)] أن الشفعة انما تكون فى البيع الصحيح التام غير المعلق على شرط . أما فى حالة بيع الوفاء فان المشترى ليس كذلك .

ومن هذا الرأى أيضا بعض الشراح [(٤)] .

وترى محكمة الاستئناف الأهلية أن بين البيع الوفائى و بيع الخيار — الذى لم تبح الأئمة الشفعة فيه الا متى بطل الخيار — فرقا عظيما ، لأنه فى بيع الوفاء تنتقل الملكية بمجرد البيع و يصبح المشترى مالكا ، وأما فى بيع الخيار فلا تنتقل الملكية الى المشترى ما دام الخيار ، فعلى ذلك لا يمكن للشفيع أن يأخذ العين من المشترى بالشفعة الا عقب حصول البيع فى المواعيد المبينة قانونا ، لا عند انقضاء ميعاد الوفاء [(٥)] .

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٢٥٣ .

(٢) أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٨) .

(٣) ١٩ ابريل ١٩١١ (دائرة حسن حسنى بك ومستر لونج والقاضى غبريال سيدهم) المجموعة ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٣ . وقد قرر هذا الحكم أيضا أن البائع بيعا وفائيا لا يكون له حق الشفعة ، لأنه يترتب على بيع الوفاء حرمان البائع من ملكية المبيع ، لانتقالها للمشترى بمجرد البيع ، وعليه فيكون حق الشفعة لحين استرداد المبيع للمشترى لا للبائع .

(٤) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ — فورجير ص ١٣٣ .

(٥) ٢٦ أبريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبراغو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر بك) الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ .

ونحن لا نرى ما يمنع الأخذ بالشفعة ، لأن حق الاسترداد يمكن الاتفاق على أن يكون الى خمس سنوات ، وهذا الوقت طويل ، ومن السهل العمل فى خلاله على جعل الشفعة مستحيلة [١] ، وليس هناك ما يدعو الشفيع الى الانتظار خمس سنوات ، فى حين أن البيع الذى حصل يترتب عليه نقل الملكية فى الحال الى المشترى . وقد يكون الشفيع وقت البيع فى حالة تسمح له بدفع الثمن ، ولكن قد لا يجد الثمن بعد خمس سنين . على أن رفض الشفعة فى هذه الحالة مما يمهد للعاقدين طريقا لعرقلة الشفعة ، وهو اشتراط خيار الاسترداد فى كل بيع ، ثم كتابة ورقة ضد contre lettre فى الوقت نفسه لالغاء هذا الشرط .

وبالنسبة للبائع لا يوجد ما يضره اذا استعمل الشفيع حقه وقت البيع ، لأنه اذا شاء الاسترداد فسيان أن يكون الاسترداد ضد المشترى منه أو ضد الشفيع .

١٨٩ — وقد حكم بأنه لا تقبل الشفعة اذا كان فى وقت استعمالها لا يزال للبائع حسب عقده حق فسخ البيع واستعمل هذا الحق [٢] .

١٩٠ — البيع المعلق على شرط مجحف بنقل الملكية — لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط يجحف بنقل الملكية ، مثل أن المشترى لا يكون مالكا للمبيع ملكا باتا الا بعد دفع آخر قسط ، وأنه ممنوع من التصرف فيه ، سواء بالرهن أو بالاعطاء أو غيره ، الى أن تدفع جميع الأقساط [٣] .

١٩١ — البيع المعلق على شرط عدم استعمال حق الشفعة — يكون البيع صحيحا ، والشفعة جائزة ، والشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، لأنه

---

(١) دى هلتس ١٧ — العرابى بك ص ١٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٦٧) .

(٣) استئناف ٢١ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة صالح ثابت بك ومستر بوند ويحيى ابراهيم بك) الحقوق ١١ ص ٢٨ .

راجع أيضا استئناف مختلط أول فبراير ١٩٠٦ (١٨ ص ١٠٦) .

قارن استئناف مختلط ٢ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) .

يترتب عليه حرمان غير العاقدين من استعمال حق له .

على أن هذه المسئلة لا تخلو من آراء أخرى [1] .

الاقالة من البيع

١٩٢ — توجد الشفعة بمجرد البيع ، فاذا حصل بين البائع والمشترى اقالة برضائهما ، فلا يسقط حق الشفيع فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الاقالة ، بل انها تجدد للشفيع حق الشفعة اذا كان سقط فى البيع الأول ، لاعتبارها بيعا جديدا [2] .

وهذا هو حكم الشريعة ، فقد جاء فى الفتاوى الهندية [3] :

« اذا سلم الشفيع الشفعة ، ثم ان المشترى رد الدار على البائع ، ان كان الرد بسبب هو فسخ جديد من كل وجه ، نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة . وان كان الرد بسبب هو بيع جديد فى حق الثالث ، نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء وبالرد بحكم الاقالة ، يتجدد للشفيع حق الشفعة . وأما اذا لم يسلم الشفيع الشفعة حتى فسخ البائع والمشترى العقد بينهما لا يبطل حق الشفعة ، سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه أو بسبب هو فسخ من وجه ، بيع جديد من وجه . كذا فى الذخيرة » .

ويرى العرابى بك عكس هذا الرأى [4] ، لأن الاقالة عبارة عن اعدام

---

(١) راجع العرابى بك نبذة ٢٠ ص ١٥ — ١٦ .

(٢) أنظر العياط الجزئية ٢٢ مارس ١٩٢٢ (القاضى أحمد نشأت) المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٥ .

راجع استئناف أهلى ٢٠ فبراير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو كامران ويحى ابراهيم بك) القضا ٣ ص ٣٢٢ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ .

راجع أيضا سليم باز على المادة ١٠٢١ من المجلة .

(٤) ص ١٦ وما بعدها .

البيع ، وبحصولها يعتبر كأنه لم يكن ، فلا تجوز الشفعة مع عدم بقاء البيع ، ولا تعتبر الاقالة بيعا جديدا يتجدد به للشفيع حق الشفعة ، لأنها هى فسخ بيع سابق ، لا انشاء بيع جديد .

وعند الشافعية لا تجوز الشفعة . وقد جاء فى المهذب : « وان باع من رجل شقصا ، فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ، ثم رجع الشقص اليه بالاقالة ، لم تثبت فيه الشفعة ، لأنه لم يملكه بعوض ، وانما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل »[١] .

البيع الصورى

١٩٣ — يشترط ، كما تقدم ، خروج المبيع عن ملك البائع . فاذا ثبت أن البيع الذى بنى عليه طلب الشفعة بيع صورى فلا شفعة[٢] .

١٩٤ — ***البيع مع وجود ورقة ضد*** — الأوراق التى تعمل ضد عقود ، والتى يتفق على أن تكون سرية ، وعلى أن تخالف نصوصا من نصوص تلك العقود ، لكى تترتب فى الظاهر العلاقات التى بين المتعاقدين ، لا يكون لها تأثير الا بالنسبة للمتعاقدين ولورثتهم أو خلفائهم فى جميع حقوقهم ، ويمكن أن ينكرها الغير . ويراد هنا بكلمة الغير جميع الأشخاص الذين لم يدخلوا فى ورقة الضد ولا هم ورثة المتعاقدين ولا خلفاؤهم ، ولذلك لا يمكن — كما حكمت محكمة الاستئناف المختلطة — التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم

---

(١) المهذب ١ ص ٣٨١ .

(٢) مصر الابتدائية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بارن وأحمد نظيف بك) المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٧ .

راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٩٤ : اذا اشترى الرجل دارا أو أرضا فسلم الشفيع الشفعة ، ثم ان البائع والمشترى تصادقا أن البيع كان تلجئة ، ورد المشترى الدار على البائع ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، لأنه بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق أصلا ، فاقرارهما لا يتضمن بطلان حقه ، فتثبت التلجئة باقرارهما ، فكان الرد بسبب التلجئة ، فلا يتجدد به حق الشفيع .

يعمل الا كتـأمين لضمان دين للمشترى على البـائع حتى اذا دفع الدين فسخ البيع [١] .

عقد البيع الابتدائى

١٩٥ — اذا كان عقـد البيع الابتدأى قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمـكن أن يتولد عنه حق الشفعة . وقد حكمت بذلك المحاكم [٢] . وانما يتولد حق الشفعة من عقد بيع يتحدد به مركز البائع والمشترى ازاء الشفيع بطريقة نهائية ، كما يستنتج من نص المادة ١٩ من قانون الشفعة ، اذ ورد فيهـا أنه يسـتدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منـه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالـكا للعقـار نهائيا ، ولا ريب أن تحقيق هذه الصفة للمشترى يستلزم أن يكون عقـده ناقلا للملكية بطريقة نهائية . وأن هـذا الاستنتاج يتمشى مع روح التشريع كما يظهر من نص المادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة التى تقضى بأن يكون طلب الشفعة مشتملا على عرض الثمن وملحقاته ، فان هذا الطلب الذى يشمل عرض الثمن ، كما يشمل طلب التخلى عن العقار ، لا يمكن أن يكون جـديا الا اذا كان المشترى قد دفع الثمن أو جزءا عظيما منـه وتسلم العقار الذى يطالب بالتخلى عنـه ، ولا ريب أن مثل هـذه النتائج لا تترتب الا على عقد بيع نهائى ، وعلى ذلك لا يبدأ ميعاد سقوط الحق فى الشفعة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهـائى ، وليس من تاريخ العقد الابتـدائى ، حتى ولو

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ برياسة مسيو كوريزميكس (١٤ ص ٢٣٢) الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ ص ١٨١ .

(٢) استئناف أهلى ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكى أبو السعود بك) المحـاماة ٢ رقم ١١ ص ٢٢ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ ص ٦٥ — كفر الشيخ الجزئية ١١ يناير ١٩٢٦ (القـاضى رياض رزق الله) المحـاماة ٦ رقم ٤٩٩ ص ٨١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ — بنى سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضـاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صـادق وأحمد راغب د كرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

ثبت أن الشفيع كان على علم بحصول البيع الابتدائى قبل ذلك .

وقد حكم بأنه اذا كان البيع قد تم ، فلا يكون طلب الشفعة سابقا لأوانه بحجة عدم تحرير عقد رسمى وعدم تسجيل البيع ، فى حين أن العقد النهائى تحرر وسجل فى أثناء دعوى الشفعة وفى تاريخ قريب من تقرير الشفعة (١) .

و بأنه اذا كان عقد البيع ما هو الا صورة رسمية expression authentique لاتفاق سابق وصف خطأ بأنه مؤقت provisoire ، فطلب الشفعة الذى يقدم بمقتضى هذا الاتفاق لا يعتبر سابقا لأوانه (٢) .

و بأنه اذا كان العقد الرسمى ما هو الا تأييد لاتفاق سابق ، فكون طلب الشفعة حصل قبل تحرير هذا العقد لا يعتبر سببا لعدم قبول الدعوى ، ما دام أن الرغبة فى الشفعة لم تنقطع فى أى وقت ، وأن العاقدين قد أخطرا prévenus بأنهما يجب أن يحررا العقد الجديد لمصلحة الشفيع (٣) .

الوعد بالبيع

١٩٦ — اذا كان الوعد بالبيع مصحوبا بالوعد بالشراء ، وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فان حكمه حكم البيع (Promesse de vente vaut vente) وعلى ذلك فليس ما يمنع من وجود الشفعة (٤) .

أما اذا كان الوعد من جانب البائع وحده ، أو من جانب المشترى وحده ، فلا يوجد بيع حتى يوجد القبول من الطرف الآخر ، وعلى ذلك فلا شفعة حتى يتم العقد بتلاقى الايجاب والقبول (٥) .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) . راجع ما سيجىء بخصوص العقد غير المسجل .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٣) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) .

(٤) دى هلتس نبذة ١٨ .

(٥) ذهنى بك « الأموال » نبذة ٥١٦ مكررا (١) .

تقديم عقار للشركة

١٩٧ — اذا قدم أحد الشركاء للشركة عقارا فان الملكية تنتقل من الشريك الى الشركة ، ويترتب على تقديم العقار ما يترتب على البيع [١] .

وقد جرى البحث فيما اذا كانت الشفعة تجوز فى هذه الحالة . فمن رأى فتحي زغلول باشا عدم جوازها [٢] . وهذا هو أيضا رأى دى هلتس [٣] . ونحن من هذا الرأى ، وذلك لأنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشترى وقيامه بكل التزاماته ، وهذا متعذر فى حالة تقديم العقار للشركة ، اذ يترتب على الشفعة ، اذا قضى بجوازها ، أن يقوم الشفيع بالتزام مقدم الحصة فى تخصيص العقار للغرض المتفق عليه بين الشركاء (كتخصيصها لاقامة الادارة) ، وكيف يتمكن الشفيع ، وهو ليس شريكا ، من القيام بهذا الالتزام ، واذا تمكن فما فائدته من الأخذ بالشفعة ، على أن حالة الشريك الذى يقدم العقار لا تشبه حالة البيع تماما ، وان كان يترتب عليها بعض ما يترتب على البيع ، وذلك لأنه لا يوجد ثمن ، اذ فى كثير من الأحوال لا يقوم العقار المقدم من الشريك ، والأرباح التى يستولى عليها الشريك ليست نتيجة انتقال ملكية العقار بل هى نتيجة الشركة .

أما اذا كان الشريك لا يقوم بأى التزام ، بل كان تقديمه عقاره للشركة مقابل نقود تدفعها الشركة له أو مقابل سهوم الشركة obligations de la société ، فان تقديمه العقار يعتبر بيعا أو تنازلا مقابل ثمن ، فتجوز الشفعة . وقد حكمت بذلك محكمة الاستئناف المختلطة ، مضيفة أنه لو كان هناك عنصر احتمالى ، سواء فى تقدير الشىء أم فى تحديد الثمن ، فان هذا لا يزيل عن

---

(١) راجع مدنى ٤٢٤/٥١٦ ، ٤٢٥/٥١٧/١٨٤٥ .

(٢) ص ٨٣ .

(٣) دى هلتس نبذة ١٩ .

راجع أيضا فورچير ص ١٣٢ .

العقد صفة البيع [١] .

١٩٨ — **اندماج شركة فى أخرى** — اذا انحلت شركة ، وامتزجت بأخرى موجودة ، فاندماج الشركة الأولى فى الثانية هو نوع من البيع ، بمقتضاه تقوم الشركة المحلولة بدور البائع أو المتنازل ، والشركة الباقية بدور المشترى أو المتنازل له . وهـذا الامتزاج يخول اذن لمصلحة الغـير الذى يكون شريكا فى ملـكية عقار تنازلت عنه الشركة المحلولة حق الشفعة فى هذا العقار [٢] .

نزع العقار للمنفعة العامة

١٩٩ — لا تجرى الشفعة فى العقار المبيع اذا كان مأخوذا للمنافع العامة ، اذ لا فائدة من الشفعة فيه [٣] .

البيع مقابل ايراد لمدى الحياة

٢٠٠ — لا يجوز طلب الشفـعة فى البيع مقـابل ايراد لمدى الحيـاة Rente Viagère ، لأن الثمن غير محدد ، وقد يكون عبئا ثقيلا اذا امتـدت حياة الشخص الذى ترتب الايراد لمدة حياته [٤] .

عقد البيع غير المسجل

٢٠١ — اختلف الرأى فيما اذا كان البيع غير المسجـل يعطى الحق فى الشفعة . فرأى فريق جواز الأخذ بالشفعة ، ولو أن العقد لم يسجل ، لأن البيع ينعقد صحيحـا ، بصرف النظر عن التسجيل الذى ينحصر أثره فى تقييـد نقل الملـكية . ورأى فريق آخر عدم جواز الشفعة ، لعدم نقل الملـكية فى البيع غير المسجل . وسنبين فيما يلى حجج الفريقين .

---

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ ص ٢٥٩) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٨٩٩ (١١ ص ٢٥٩) .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٨٣ .

(٤) راجع فورچير ص ١٣٢ و ١٣٣ .

٢٠٢ – حجج القائلين بجواز الشفعة :

استند من يقول بجواز الشفعة على الأسباب الآتية :

(١) عدم قبول الشفعة له نتائج خطيرة لا يمكن أن يجيزها القانون ، لما تنطوى عليه من احتمال تعطيل حق موجود ، وهو حق الشفعة ، فى كثير من الأحوال ، فما هو الا أن يحجم المشترى بارادته عن تسجيل العقد ، خصوصا اذا كان مطمئنا من جهة البائع له ، ويستمر (أى المشترى) متمتعا بالعقار المبيع بكل حقوق المالك ، فى حين أن الشفيع تصيبه جميع الأضرار التى شرع من أجلها حق الشفعة ، فيظل تحت رحمة المشترى ، فان سجل جازت الشفعة ، والا فلا [١] .

وما أسهل قياس هذه الحالة على الحالة التى يكون فيها أمر ما معلقا على شرط ارادى ، فقد أجمعت القوانين على أن مثل هذا الشرط لا قيمة له ، ولا يمكن أن يعطل لأحد حقا [٢] .

---

(١) المنصورة الجزئية (القاضى يوسف رفعت بك) ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص٨٥ المحاماة ٥ رقم ٥٦٧ ص ٦٩١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٦ .

أسيوط الابتدائية (دائرة حامد شكرى بك والقاضى محمد عزت والقاضى محمد أمين صدق) ٢٨ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٧ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ١١ .

اسنا الجزئية (القاضى محمد فايز) ٣١ اكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ .

الخليفة الجزئية (القاضى سعيد أنور بك) ٢١ ابريل ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٢٥٣ ص ٣٧٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٣ .

سمالوط الجزئية (القاضى اسكندر حنا) ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم٤٥١ ص ٧٤٦ .

ايتاى البارود (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٣ نوفبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٦ .

(٢) مصر الابتدائية (دائرة محمد شكرى بك ومحمد نصار بك والقاضى سابا حبشى) ١٠ مارس ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٢ .

(٢) ان قانون الشفعة لم يقل فى نصوصه المتعلقة بدعوى الشفعة انه يجب لصحة رفع الدعوى أن تكون موجهة ضد المالك الأصلى والمالك الجديد ، بل قال يرفع الدعوى ضد البائع والمشترى ، وهما صفتان تصدقان على البائع والمشترى ، سواء أحصل التسجيل أم لم يحصل ، وذلك لأن البيع لم يزل من العقود الرضائية المحضة [١] .

ومن الخطأ البين أن يقال ان عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع ناقص vente irrégulière ، بل هو بيع كامل وصحيح . وكل ما هنالك أن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع ، أصبح خاضعا لاجراءات شكلية تنحصر فى تسجيل العقد [٢] .

(٣) أوجب قانون الشفعة على الشفيع أن يبدى رغبته فى استعمال حقه فى خمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع ، لا من تاريخ التسجيل [٣] .

(٤) ان القول باعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب فى الشفعة يترتب عليه أن يسقط حق الشفيع الذى لا يبادر الى الطلب فى ظرف خمسة عشر يوما من

---

(١) مصر المختلطة ١٥ مايو ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ ص ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ ص ٨٢٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧١ .

ايتاى البارود ٢٢ نوفبر ١٩٢٦ المتقدم المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص ٨٤ .

(٢) مصر المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٣٠٥ ص ٣٠٣ المحاماة ٦ رقم ٥٠٨ ص ٨٢٧ ، ١٤ فبراير ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ١٣٥ ص ١٢٣ .

(٣) مصر الابتدائية (دائرة عبد الباق زكى القشيرى بك ونجيب تادرس جوهرة بك) ٢ مايو ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ الحقوق ٤٢ رقم ٣ ص ٩ .

سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ المتقدم المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ .

اسنا الجزئية ١٠ مايو ١٩٢٧ المتقدم المحاماة ٧ رقم ٥٣١ ص ٩٢٣ .

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ١٠٢) جازيت ١٨ ص ١٣٢ رقم ١٤٥ المحاماة ٨ رقم ١٨٦ ص ٢٣٨ .

استئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ (٤١ ص ١٥٩) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ .

تاريخ التسجيل ، مع أن قانون الشفعة نفسه ينص على أن الحق لا يسقط الا اذا سكت الشفيع عن الطلب ستة أشهر بعد يوم التسجيل ، ولا يخفى ما فى ذلك من التناقض والتعارض [١] .

(٥) لم يتعرض قانون التسجيل لنصوص الشفعة بتعديل أو تغيير [٢] ، مما يدل على أن الشارع لم ير أن فى اصدار هـذا القانون مساسا ما بالحقوق المقررة بقانون الشفعة من قبل [٣] .

(٦) ان الشفعة جائزة باجماع آراء الفقهاء فى البيع بشرط الخيار اذا كان الخيار للمشترى ، وحكمة ذلك أن البائع فى هـذه الحالة لا يملك طلب الفسخ ، وانما يكون الأمر موكولا الى ارادة المشترى ، وحينئذ تصح الشفعة [٤] ، فيمكن أن يقاس البيع غير المسجل فى حالة الشفعة على البيع بشرط الخيار للمشترى ، اذ أن انتقال الملـكية هو فى الواقع فى يد المشترى ، الذى ان شاء سجل وان شاء امتنع للنكاية بالشفيع ، وأما البائع فلا عمل له ولا مصلحة فى التسجيل الا فى أحوال مخصوصة لحفظ الامتياز وغيره ، وليس من الحق ولا من العدل أن يكون خيار المشترى فى التسجيل منشأ ضرر للشفيع [٥] .

---

(١) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ التقدم المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ .

(٢) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .
مصر الابتدائية ١٠ مارس ١٩٢٦ التقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

(٣) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المتقدم .

(٤) المادة ١٠٢٦ من المجلة — التعليقات على هذه المادة فى مرآة المجلة ٢ ص ٤٢ .

(٥) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .

قارن محكمة مصر الابتدائيـة ١٠ مارس ١٩٢٦ التقدم المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ ، فقـد اعترضت المحـكمة على من شبه البيع مع عدم التسجيل بالبيـع مع خيار المشترى ، فقالت انهم قد أخطأوا فى العلة التى بنوا عليها ذلك الرأى . لأن الحـكمة التى لأجلها أجازت الشريعة الاسلامية الشفعة فى البيع مع خيار المشترى ، وعلى الضد من ذلك حرمتها فى البيع مع خيار البائع ، هى أن الملـكية فى حالة خيار المشترى تنتقل =

(٧) ان الشفيع لايتلقى حق الملكية من المشترى حتى ينتظر تسجيل العقد، ولكنه يحل محله بمقتضى المادة ١٣ من قانون الشفعة فى جميع حقوقه وتعهداته ، ويعتبر البيع كأنه صادر اليه من البائع دون المشترى [١] .

ومن ضمن الحقوق التى تؤول الى المشترى بعقد البيع الصحيح أن تنقل الملكية اليه بشهر العقد بالتسجيل ، بغير حاجة الى تدخل البائع ، وهذا الحق ينتقل الى الشفيع [٢] ، فله أن يطلب حلوله محل المشترى ، وشهر عقده بالطرق القانونية ، حتى تنتقل اليه الملكية التى كانت تنتقل للمشترى لو أنه سجل عقده [٣] .

وليس للبائع أن يشكو من ذلك ، فانه تخلى عن الملكية ، وهى لا تبقى لاصقة به بارادته ، بل بارادة غيره ، وهو المشترى ، وأما المشترى فان احتماءه وراء عدم تسجيله عقده الذى هو من عمله ، ومن واجباته أن يقوم به ، تلاعب

= الى هذا الأخير فعلا ، بعكس ما اذا كان الخيار للبائع ، فانها لا تنتقل ، فالدليل اذن على هذه الصورة لا يؤدى الى صحة هذا الرأى ، بل الأمر بالعكس .

راجع أيضا ما سيجىء ص ١٨٩ وما بعدها .

(١) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٥ المتقدم .

الوايلى الجزئية (القاضى محمد وصفى أبو الذهب بك) ٧ نوفبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٥٤ ص ٥٣١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٩ .

راجع استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ (٤١ ص ١٩٦) المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨١ .

(٢) مصر الابتدائية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ المتقدم .

اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٦١ ص ٥٤٨ .

(٣) أسيوط الابتدائية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٣ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ المتقدم .

المنصورة الابتدائية (دائرة على عبد الرازق بك والقاضى محمد زكى أباظه والقاضى كامل عزمى) ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٨ .

غير مشروع وتحكم غير جائز فى حق الشفيع ، والقانون لا يحمى الأعمال المنطوية على سوء النية (١) .

(٨) لا ضرر من عدم تسجيل عقد البيع ، لأن تسجيل حكم الشفعة يقوم مقام تسجيل العقد (٢) .

(٩) ان الشارع خالف فى قانون الشفعة القواعد العامة المدونة فى قانون المرافعات ، فقضى بأن الأحكام الغيابية فيها لا تقبل المعارضة ، كما قصر فى ميعاد استئنافها وجعله خمسة عشر يوما ، ولم يقصد الشارع من ذلك الا تقصير أمد النزاع بين أرباب المصالح فى دعاوى الشفعة ، حتى يساعد على استقرار حالة الملكية العقارية ، لما رأى فى ذلك من أوجه النفع ، وهو لا يمكن انكاره . فتأخير ابداء الرغبة حتى يسجل العقد يطيل أمد النزاع ، ولا يساعد على استقرار حالة الملكية العقارية (٣) .

(١٠) ان التردد الذى أبدته المحاكم فى الأخذ بهذا الرأى كان من نتائجه العملية أن نسبة عدد العقود التى لم تسجل زادت كثيرا عما كانت عليه قبل العمل بقانون التسجيل ، فلم تتحقق أغراض الشارع من اصداره هذا القانون (٤) .

٢٠٣ — حجج القائلين بعدم جواز الشفعة :

استند من يقول بعدم جواز الشفعة على الأسباب الآتية :

---

(١) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٢١ المتقدم .

(٢) المنصورة الجزئية ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المتقدم .

اسنا الجزئية ٣١ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٦١ ص ٥٤٨ المتقدم .

سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ المتقدم .

(٣) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المجموعة ٢٧ رقم ٣٣ ص ٥١ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ المتقدم .

(٤) مصر الابتدائية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المتقدم .

(١) ان الشفعة ، كما عرفها الفقهاء ، هى تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشترى ، بما قام عليه من الثمن والمؤن » (المادة ٩٥ من مرشد الحيران) . فالشفعة انما هى فى الملكية دون سواها ، اذا انتقلت بالبيع ، فاذا لم تنتقل فلا شفعة ، وهى أثر من آثار البيع ، وقد نصت المادة الأولى من قانون التسجيل صراحة على أن العقد غير المسجل لا يكون له من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، فنفت بذلك الشفعة [١] .

(٢) ان القول بأن البائع قد فعل كل ما يلزم من جهته للتخلى عن ملكه ، وقد يكون المشترى واثقا منه فيمتنع عمدا عن التسجيل لمنع الشفعة ، والقانون لا يحمى الأعمال المنطوية على سوء النية ، هذا القول مدفوع بأن القانون انما يحمى الشفيع بعد أن يتولد له حق الشفعة ، وهذا الحق لا يولد الا بانتقال الملكية، وكل ما يمنع انتقالها لا يمنع تولده . ولا يمكن القول بحرمان الشفيع من حق الشفعة قبل وجوده ، وليس له اذا رأى أن العقد غير ناقل للملكية أن يكره المتعاقدين على اتمام الاجراءات الناقلة لها ليتولد له حق الشفعة ، كما ليس له أن يدعى هذا الحق قبل اتمام تلك الاجراءات [٢] .

(٣) ان القول بأن قانون الشفعة لم يوجب رفع دعوى الشفعة ضد المالك الأصلى والمالك الجديد ، بل قال برفعها ضد البائع والمشترى ، وهاتان الصفتان تصدقان على البائع والمشترى حتى عند عدم تسجيل عقد البيع ، هو قول فى غير محله ، لأن العبرة ليست بالألفاظ ، فنقل الملكية هو جوهر عقد البيع ، والغرض الوحيد منه ، فان كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعا فى الحقيقة ، رغم

---

(١) مصر الابتدائية (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى محمد شوقى والقاضى ابراهيم حلمى) ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ الجدول العشرى الأول المحاماة رقم ١٠٧٧ .

الخليفة الجزئية (القاضى ابراهيم عارف بك) ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦٨ ص ٢٣٩ .

(٢) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .

تسمية المتعاقدين له بهـذا الاسم ، ولا يسميان بائعا ومشتريا رغم انتحالهما هاتين الصفتين ، بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له من الأثر الا التزامات شخصية . وقد كان البيع قبل قانون التسجيل الجديد ينقل الملـكية فى الحال بين المتعاقدين بمجرد العقد ، وكان يصدق عليهما أنهما بائع ومشتر ، أما بعد هـذا القانون فلا يتم ذلك الا بالتسجيل [١] .

(٤) لا محل للقول كذلك بأن الشفعة ما شرعت الا لمنع الأجنبى من أن يكون شريكا أو جارا للشفيع والمشترى ولو لم يسجل عقده يكون فى الواقع كذلك ، لا محل لهـذا القول لأن الشفعة لا تـكون الا فى الملك . فاذا لم يأت الأجنبى بصفة مالك فلا شـفعة . ولذلك فان الايجار مهما طالت مدته لا يعطى الحق فى الشفعة ، والمشترى غير المسجل ليس مالـكا وليس له حق عينى على العين ، بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع ، والشفعة هى حلول المشترى فى الملـكية ، لا فى مجرد حقوق شخصية [٢] .

(٥) ان الرأى القائل بجواز الشفعة فى العقد غير المسجل لا يقوم الا على انـكار التشريع الجـديد ، الذى أدخل عمدا بنص صريح ، وبنى على أسـباب صريحة لا تحتمل التأويل ، لأنه يجعل حكم البيع بعد صدور القانون الجديد هو نفسه حكمه قبل صدوره ، ويعطيه بمجرد الاتفاق كل نتائجه القانونية ، متجاهلا النص على عدم انتقال الملـكية . ولا يكون من الواضح حينئذ معنى هذا النص ، ولا ما هى نتائجه العملية ولا ما هو الغرض من ايجاده [٣] .

(٦) طلب الأخـذ بالشفعة فى بيع لم يتم تسجيله هو طلب سابق لأوانه ، لأن الشفعة وجـدت لدرء الضرر الذى يلحق الشفيع من جراء تصرفات ينبنى

---

(١) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .
مصر المختلطة ٩ ابريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ ص ٣٠٣ رقم ٣٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .

(٣) مصر الابتدائية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ المتقدم .

عليها حلول جار جديد أو شريك جديد يتسبب من وجودها علاقات غير مرضية بينهما وبين الشفيع ، أو لوجود حقوق عينية تربط العقارين المملوكين للشفيع وللبائع بدرجة يحسن معها توحيد الملكية ، وهذه المشروعية تستلزم حتما وجود بيع تام ينقل الملكية من البائع الى المشفوع منه ، حتى يوجد حق الشفيع لدرء الضرر الذى ربما يناله من هذا التصرف ، ولذلك فقد جاء فى أحكام الشريعة أن الشفعة لا توجد اذا كان البيع قابلا للفسخ بالخيار وغيره (راجع رقم ٧ التالى) ، ولا شىء يمنع القضاء الحالى من الأخذ بهذه القاعدة ، وقد سبق للقضاء المختلط أن أخذ بذلك ، حيث قرر أن الشفعة لا تجوز الا فى البيع البات دون البيع الموقوف على اتمام اجراءات ، أو البيع القابل للفسخ ، كالبيع الوفائى (راجع رقم ٨ الآتى). والبيع غير المسجل غير منشىء ولا ناقل للحقوق العينية أو لحق الملكية ، وأصبح اتفاقا بسيطا يعطى كلا من الطرفين حق الرجوع على الآخر بالالتزامات الشخصية (١) .

(٧) لا نزاع فى القانون ولا فى الشريعة فى أنه يشترط لقبول حق الشفعة أن يصير المشترى مالكا نهائيا للعقار المبيع ، كما أنه لا تصح الشفعة فى البيع بشرط خيار البائع ، لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وعقد البيع غير المسجل غير ناقل نهائيا للملكية ، فلا يترتب عليه اذن حق الشفعة (٢) .

---

(١) استئناف مصر (دائرة عطيه حسنى باشا ومستر رافرتى ومحمد فهمى حسين بك) ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٤ .

(٢) مصر الابتدائية (دائرة عبد الوهاب فهمى بك ومترى ميخائيل بك وجمال الدين أباظه بك) ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٥ .

قنا الابتدائية (دائرة حسن صادق رشيد بك والقاضى حسين منصور والقاضى عبد الحميد عمر وشاحى) ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٠ .

(٨) ان كثيرين من علماء القانون وفقهاء الشريعة الاسلامية وعددا كبيرا من أحكام المحاكم ذهبوا الى أن الشفعة لا تجوز فى حالة البيع الوفائى ، والبيع المعلق على شرط فاسخ أو شرط واقف ، مع أنه فى هذه الأحوال تنتقل الملكية من البائع للمشترى ، ولكنها تكون مقيدة ببعض القيود ، وقد حكمت محكمة الاستئناف فى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ [١] بأنه لا تصح الشفعة فيما يباع تحت شرط مجحف بنقل الملكية ، مثل أن المشترى لا يكون مالكا للمبيع ملكا تاما الا بعد دفع آخر قسط ، فمن باب أولى ألا تصح الشفعة فى حالة بيع لم يسجل ولم تنتقل بمقتضاه الملكية من البائع الى المشترى ، وخصوصا أن حق الشفعة حق استثنائى يجب عدم التوسع فيه ، حتى أن علماء الشرع قد توسعوا فى مسقطات حق الشفعة وبالغوا فى ذلك الى حد أنهم أجازوا الحيل [٢] فى اسقاطها [٣] .

(٩) أن قياس البيع غير المسجل على البيع بشرط الخيار للمشترى قياس مع فروق عدة ، فانه وان كان نقل الملكية فى يد المشترى ان شاء سجل عقده وان شاء امتنع ، فانه يجوز للبائع فى حالة عدم التسجيل أن يتفق مع مشتر آخر يبيع له العقار فيسجل عقده وتنتقل له الملكية نهائيا دون أن يكون البائع مسئولا أمام المشترى الأول الا عن التزاماته الشخصية فقط ، وليست هذه حالة البائع فى حالة البيع بشرط خيار المشترى [٤] .

(١٠) ان القول بأن الشفيع لا يستمد حقه من المشترى مباشرة ، بل هو يحل محله فى جميع حقوقه وتعهداته ، ويعتبر أنه تلقى الملك من البائع ، تحميل

(١) الحقوق ١١ ص ٢٨ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٧ ونبذة ١٠٠ .

(٣) قنا الابتدائية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

(٤) قنا الابتدائية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم — راجع النبذة السابقة هامش ٥ ص ١٨٥ .

للمركز القانونى فوق ما يحتمل ، لأن كل ذلك معلق على شرط انتقال الملكية من البائع للمشترى نهائيا ، وهذه لا تحصل فى البيع غير المسجل [١] .

فلا يمكن أن يقال بأن حلول الشفيع محل المشترى لتنفيذ التزام البائع بالتسجيل لنقل الملكية يعطيه حق الشفعة ، الذى لا يوجد الا اذا وجد البيع ، لا أن توجد الشفعة لاتمام البيع [٢] .

(١١) لا تناقض ولا اضطراب فى الأخذ بهذه النظرية ، كما ذهبت الى ذلك محكمة المنصورة الجزئية (بحكمها الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤) [٣] ، لأن مواعيد الشفعة فى هذه الحالة لا يمكن أن تبتدىء الا من يوم علم الشفيع بتسجيل عقد البيع ، أما علمه بالبيع قبل التسجيل فلا يترتب عليه امتداد هذه المواعيد . والقول بأن فى اعتبار تاريخ التسجيل مبدأ للطلب فى الشفعة تعارضا مع نصوص القانون فى غير محله ، لأنه يتفق كثيرا ألا يعلم الشفيع بالبيع الا من التسجيل ، وفى هذه الحالة يسقط حقه فى الشفعة بمضى خمسة عشر يوما اذا لم يبد رغبته فيها ، ولا يمكنه الانتفاع بميعاد الستة الشهور [٤] .

٢٠٤ — رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف الأهلية :

أخذت محكمة الاستئناف الأهلية فى دوائرها المجتمعة بالرأى الأول ، أى بجواز الشفعة ولو أن العقد لم يسجل [٥] .

---

(١) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

(٢) استئناف مصر ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المتقدم .

(٣) المحاماة ٥ ص ٦٩١ .

(٤) قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ المتقدم .

(٥) محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة (أحمد طلعت باشا وحسين درويش باشا وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد مظهر بك وكامل ابراهيم بك وعبد العزيز محمد بك ومصطفى حلمى بك ومحمد فريد الشافعى بك وزكى برزى بك ومصطفى محمد بك وعلى عزت بك ومحمود سامى بك واترنى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقى القشيرى بك) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٠ الحقوق ٢ رقم ٣٣ ص ٥٥ .

وهذه هى الأسباب التى انبنى عليها حكمها :

(١) ان نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولكنه أثر من آثاره ، بدليل :

ا — تعريف البيع فى القانون المدنى (المادة ٢٣٥) ، فقد عرفه بأنه عقد يلتزم به البائع نقل ملكية المبيع الى المشترى مقابل التزام هذا الأخير بأداء الثمن الى البائع ، وقد جاء فيه أن هذا العقد يتم بمجرد الايجاب والقبول بين الطرفين بشرائطه القانونية .

ب — جواز تعليق نقل الملكية على شرط ، كشرط التجربة مثلا ، أو تأجيله الى أجل ، وجواز بيوع أخرى قد لا يتفق فيها انتقال الملك أصلا ، كبيع الأشياء المعلق وجودها على محض الحظ والمصادفة ، أو غير ذلك من البيوع التى لا تجيزها الشريعة .

(٢) ان قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل واعتباره كأن لم يوجد ، وألا تسمع أى دعوى بشأنه ، بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية فيه على شرط التسجيل ، فهو من ضمن العقود المعلق نقل الملكية فيها على شرط ، والجائزة قانونا .

(٣) ان قانون التسجيل وان نص على أن العقد غير المسجل لا يترتب عليه الا مجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين ، فانه لم يحدد مدى تلك الالتزامات ، ولا الطرف المتعاقد الذى تقع عليه ، وبما أنه قانون استثنائى جاء مقيدا للحرية المطلقة التى كانت للتعامل من قبل وجب الرجوع فيه الى أحكام القانون العام والى المبادىء القانونية لأجل اكمال النقص أو تفسير ما أجمل .

(٤) ان التسجيل انما شرع أصلا لمصلحة المشترى ، فله أن يعمله أو لا يعمله ، فلو تعمد عدم القيام به اضرارا بالغير لما جاز له وفقا للقواعد القانونية العامة أن يتمسك بعمله هذا قبل الغير ، لأن هذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على سوء النية التى يقصد منها اضرار الغير .

(٥) ان المبادىء القانونية العامة لا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ،

كما أنه لم ينسخ شيئا من أحكام الشفعة التى من ضمنها أن حق الشفيع يسقط بسكوته مدة خمسة عشر يوما من يوم علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط . واذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة الا من تاريخ التسجيل وأن حقه لا يسقط الا بمضى خمسة عشر يوما من تاريخ علمه به يكون هناك تضارب وتعارض لا مفر منه فى النصوص القانونية ، اذ بينما تقضى تلك النصوص بسقوط حق الشفيع بمجرد العلم تراها لا تسقطه الا بالتسجيل ، فكأن قانون التسجيل قد أعطى الشفيع حقوقا أزيد وأوسع بكثير مما هى مقررة له فى قانون الشفعة ، على أن الشفعة بالاجماع هى من الحقوق الضيقة التى لا تقبل التوسع .

(٦) من المعلوم أن الذى حدا بالشارع الى التضييق فى أحكام الشفعة ، سواء كان من جهة المواعيد أو طرق الطعن فى الأحكام التى تصدر فيها ، انما هو حرصه على مصلحة العقار نفسه الذى هو جزء من الثروة العامة ، اذ بتقصيره أمد النزاع تستقر الملكية فى يد أربابها ، وتطمئن نفوسهم من جهتها ، فيتفرغون لاصلاح العين وانماء ثروتها ، وعلى هذا فتعليق حق الشفعة كما جاء فى بعض الأحكام على حصول التسجيل ، أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، قول لا يمكن قبوله ، لأن المشترى يظل زمنا مهددا بالشفعة اذا هو سجل ، وقد يطول أمد هذا التهديد كثيرا ، فتضعف ثقة المشترى فى مستقبل عقاره ، وتقل عنايته به ، وفى هذا من الضرر العام والخاص ما لا يخفى .

(٧) ان الشفيع انما يحل قانونا محل المشترى فى العقد فى كافة ما له وعليه ، فلا خطأ فى هذا من الوجهة القانونية ، كما لا ضرر فى الواقع على المشترى ، وانما الخطأ والضرر كل الضرر أن يسمح للمشترى بالتلاعب بأحكام القانون ، وأن يعطل فيه نصوصا برمتها ، وهى النصوص الخاصة بالشفعة ، وأن يضار الغير بجواره الذى قد يكون غير مرغوب فيه والذى قد حصل عليه بصورة غير شرعية وهذا مما قد يؤدى الى اقلاق الراحة والاخلال بالأمن العام .

(٨) من الخطأ الرجوع الى أحكام الشريعة فى هذا الموضوع ، لأن الشريعة وان تكن مصدرا لأحكام الشفعة التى أخذها عنها القانون ، الا أن

القانون نفسه قد خالف الشريعة فى كثير من أحكام البيع ، ولم يقرر منع الشفعة الا فى حالات معينة ليست الحالة الحاضرة منها ، فالرجوع الى الشريعة فى مثل هذه الحالة يكون غير مقبول ، لأن الرجوع اليها انما يكون فى حالة السكوت ، أما فى حالة النص الصريح فلا مساغ للرجوع ولا للاجتهاد .

٢٠٥ — استقرار الأحكام :

استقرت الأحكام على رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف [١] .

٢٠٦ — الشفعة تكون عند البيع بشروط — لا يمكن استعمال الشفعة الا بالحالة التى يكون قد حصل بها البيع و بأوصافه ومضاره والأخطار risques التى قد تنجم عنه . فليس للشفيع أن يدعى تخلصه من شرط وارد فى عقد البيع يقضى بالزام المشترى بأن يبنى فى ميعاد معين منزلا للسكنى فى الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على مستوى الأرض الحالى ، والا كان جزاء الاخلال بهذا الشرط فسخ البيع ، لأن مثل هذا الشرط ليس فيه شىء غير عادى ، ولا يوجد فيه ما يحمل على اعتباره وسيلة تدليسية لمنع استعمال حق

---

(١) راجع : المنصورة الابتدائية ٢١ اكتوبر سنة ١٩٣٠ (دائرة أمين زكى بك والقاضى ابراهيم لطفى والقاضى عبد الله محمد عمار) المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ ، وقد جاء فيه : ان قانون التسجيل لم ينسخ شيئا من المبادىء العامة ، ولذلك يجب الرجوع اليها ما دام أن هذا القانون لم يبين مدى الالتزامات التى ذكرها فى المادة الأولى منه ، ولا أى طرف من المتعاقدين تقع عليه . وبناء على ما قضت به دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ يسقط حق الشفيع بمضى خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالبيع لا من يوم التسجيل فقط .

وراجع استئناف مصر الأهلية ٢ ابريل سنة ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٢ ، وقد قرر : ان رفع دعوى الشفعة من شخص ، ثم التنازل عنها ، ومشترى الشفيع العقار بعد ذلك ، وتسجيل عقده قبل تسجيل العقد محل دعوى الشفعة ، يجعل لهذا العقد قيمته القانونية ، بخلاف العقد الذى لم يسجل ، لأنه لم ينقل الملكية . ولا يغير طلب الشفعة والتنازل عنها بعد ذلك من جوهر النزاع ، وهو معرفة قيمة كل عقد على حدته .

الشفعة [١] .

وقد حكم بأنه لا يقبل من الشفيع الطلب الذى يقدمه تحت شرط أن يستبعد مقدما احتمال رفع دعوى استحقاق عن الأراضى المبيعة [٢] .

٢٠٧ — الأخذ بالشفعة لا يعتبر بيعا — يتجدد حق الشفعة عند كل انتقال للملكية ، الا اذا استبعد لسبب مسقط ، كما اذا ظهر عدم تحقق شرط الجوار [٣] . ولكن طالب الشفعة الذى أظهر رغبته فى الأخذ بها ، وسقط عنه هذا الحق ، ليس له أن يطالب بالشفعة ، مدعيا أن الشفعة التى أجراها طالب آخر فيما بعد تعتبر بيعا جديدا يخوله حق شفعة جديد ، لأن الشفعة لا يمكن بحال تشبيهها ببيع جديد ، ولا يمكن التسليم بأنه فى الوقت الذى تم فيه الشفعة لشخص تصح الشفعة من هذا الشفيع [٤] .

٢٠٨ — لا يمنع الشفعة كون الشفيع سبق أن تملك العقار المشفوع — لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، سواء أكان البائع هو المشترى منه ، أو كان أحد من تلقوا الحق عنه ayants cause ، اذا توافرت فى طالب الشفعة الشروط القانونية [٥] .

البيوع الصحيحة التى لا تقع فيها الشفعة

٢٠٩ — ذكر قانون الشفعة ثلاثة أنواع من البيع لا تصح فيها الشفعة فى المبيع ، وهى :

(١) البيع بالمزايدة .

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٠٢) — راجع أيضا ٢٠ ابريل ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) .

(٤) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٤٩) .

(٥) استئناف مختلط ٢٥ ابريل سنة ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) البيع لبعض الأقارب .

(٣) ما بيع لجعله محل عبادة .

(ا) البيع بالمزايدة

٢١٠ — النص القديم — كانت المادة ١٠٠ من المجموعة المدنية المختلطة تنص على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع واقعا على يد محكمة » . وكانت المادة ٧٤ من المجموعة المدنية الأهلية ، المقابلة للمادة ١٠٠ مختلط ، تنص أيضا على أنه « يبطل حق الشفعة متى كان البيع قهريا على يد محكمة ، انما يجب على من طلب اجراء ذلك البيع أن يعلن ، قبل البيع بخمسة عشر يوما ، الى من يسوغ له التمسك بحق الشفعة لو كان البيع اختياريا ، ورقة باشعاره بيوم المزايدة ، ولا يكون للمعلن اليه المذكور مع ذلك امتياز أو تقدم على غيره » .

وتجب هنا المقارنة بالمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات المختلطة التى جاء فيها « فى جميع أحوال البيع المتقدم ذكرها (أى البيع بالمحكمة) لا تجوز الشفعة للشريك أو الجار الا اذا طلبت فى حال انعقاد جلسة البيع بالمزاد ، بشرط ايداع مقدار المصاريف والثمن بتمامه من أصل وملحقات فى الحال » . ولا مقابل لهذه المادة فى مجموعة المرافعات الأهلية ، ونصها مناقض لنص المادة ٣ فقرة أولى من قانون الشفعة الجديد ، ولذلك نص هذا القانون ، فى المادة ٢٣ منه ، على الغائها .

٢١١ — نص قانون الشفعة — نصت الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون الشفعة على أنه :

« لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهرا أمام احدى جهات الادارة أو القضاء » .

«Il n'y a pas lieu à préemption si la vente est faite aux enchères publiques par autorité administrative ou en justice par voie de licitation ou d'expropriation».

والمعنى الظاهر لهذا النص هو عدم جواز الشفعة فيما بيع أمام احدى جهات

الادارة أو القضاء بالمزاد العلنى : لعدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهرا .

٢١٢ — تعارض الأحكام — وقد تعارضت أحكام المحاكم بشأن هذا النص :

(١) فرأت بعض المحاكم [1] أنه اذا أخذ بالمعنى الظاهر كان النص على البيع بمعرفة الادارة لغوا لا معنى له ، لأنه لا توجد حالة من الحالتين المذكورتين فى المادة ٣ فقرة أولى تتولى فيها الجهات الادارية البيع ، بل ان الجهات القضائية هى المختصة باجراء البيع فى هاتين الحالتين . ولكن بالرجوع الى النص الفرنسى يتضح أنه افترض حالتين منفصلتين احداهما عن الأخرى تمام الانفصال : أولاهما حالة البيع الذى يحصل بالمزاد العام بواسطة الادارة ، والثانية حالة البيع الذى يحصل أمام القضاء لعدم امكان القسمة بين الشركاء أو لنزع الملكية قهرا (بواسطة الدائنين) . فاذا باعت احدى الجهات الادارية عقارا مملوكا لها بواسطة المزاد العلنى فلا يكون لأحد حق فى أن يشفع فيه . وبما أن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم الأهلية نقل بحروفه عن قانون الشفعة الخاص بالمحاكم المختلطة الصادر قبله ، فيكون قد نقل أولا عن الفرنسية ، ثم ترجم الى العربية ، ويكون النص الواجب الأخذ به واعتباره هو النص الفرنسى ، وخصوصا أنه هو المتفق مع المعقول والمطابق لغرض الشارع [2] .

---

(١) أسيوط الابتدائية ، حكم استئنافى ، ٢٩ يناير ١٩٢١ (دائرة محمد عبد الهادى الجندى بك والقاضى عبد الله محمد والقاضى محمد شركس) المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ الحقوق ٣٧ رقم ٧٠ ص ٨٨ ، المحاماة ١ رقم ٩٨ ص ٤٨٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٣ .

(٢) راجع ايضا استئناف مصر الأهلية (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى غنيم بك) ١٢ فبراير ١٩٢٢ المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ١٨ يونيه ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٠٢) ، ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٣) — قارن فتحى زغلول باشا ص ٨٣ — دى هلتس ٢٥ .

(٢) وقد أخذت محكمة مصر الابتدائية [1] بعكس هذا الرأى ، مقررة أن النص الفرنسى للمادة ٣ ترجمته حرفيا كما يأتى « لا محل للشفعة اذا حصل البيع بالمزاد العمومى من السلطة الادارية أو أمام القضاء لعدم امكان القسمة أو لنزع الملكية » . ولا شىء فى هذا النص يمنع أن العبارة الأخيرة ، وهى « لعدم أمكان القسمة أو لنزع الملكية » ، ترجع الى البيع أمام السلطة الادارية أو امام القضاء على السواء . والقول بأنه لا توجد حالة يحصل فيها بيع أمام السلطة الادارية لأحد هذين السببين غير صحيح ، لأن الجهات الادارية تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية ، كما أنها تنزع ملكية العقارات لسداد الأموال . وأضافت محكمة مصر الابتدائية أنه حتى مع افتراض وجود خلاف بين النص الفرنسى والنص العربى فان النص العربى وحده هو الواجب التنفيذ أمام المحاكم الأهلية ، لأنه هو الذى عرض على مجلس شورى القوانين ، وتناقش فيه وصدق عليه ، وهو الذى صدر القانون به فعلا ، وكلف الناس باتباعه ، فلا يمكن ترك القانون والرجوع الى نصوص ربما وجدت أمام الشارع ولكنه لم يصدرها بالفعل ، كما أنه ليس من العدل ولا من النظام مؤاخذة الناس بنصوص خفية وغير رسمية وخارجة عن القانون وتناقض نصوصه ولم تنشر على الناس ولم ينبهوا اليها بأى طريق من الطرق المعروفة فى القوانين ، وانما يمكن الرجوع الى النص الفرنسى ، اذا كان النص العربى غامضا ، لتفسيره ولمعرفة المعنى الحقيقى الذى يرمى اليه ، ولكن اذا تناقض النصان فلا يمكن اهمال النص العربى والأخذ بالنص الفرنسى ، لأن معنى ذلك الغاء القانون الذى صدر فعلا والعمل بنصوص لم يصدر بها قانون .

٢١٣ — رأينا — اذا قارنا النص العربى بالفرنسى نرى أن النص

---

(١) ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ ، المجموعة ٣٠ ص ١٧١ رقم ٧٢ .

العربى صريح فى أنه لا شفعة فى المبيع بالمزايدة ، سواء أحصل أمام احدى جهات الادارة أم أمام احدى جهات القضاء ، وذلك فى حالتين :

(ا) حالة عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا .

(ب) حالة نزع الملكية القهرى .

أما النص الفرنسى فيحتمل تفسيرين :

(١) قد يفيد ما يفيده النص العربى تماما ، مع هذا الفرق فى الصياغة ، وهو أنه ذكر حالتى البيع بالمزاد العلنى فى آخر الفقرة ، بدل ذكرهما فى أولها كما فعل النص العربى .

(٢) يمكن أن يفسر النص الفرنسى بأنه لا يجوز شفعة المبيع بالمزاد :

(ا) أمام جهات الادارة اطلاقا ، أى فى جميع الأحوال .

(ب) أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما (وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا) .

قد اعترض على التفسير الأول بأن النص على البيع بالمزاد أمام جهة الادارة يصبح لغوا ، لأن الادارة لا تتولى البيع فى الحالتين المذكورتين فى المادة بل ان الجهة القضائية هى المختصة وحدها بالبيع فيهما . ورد على ذلك بأنه توجد حالات تتولى فيها الجهات الادارية نزع ملكية بعض العقارات و بيعها بالمزاد كما تقدم .

ولكن أى التفسيرين يجب العمل به ؟ .

نرى أنه يجب العمل بالتفسير الثانى ، أى عدم جواز الشفعة : (ا) فى البيع الحاصل أمام جهات الادارة فى جميع الأحوال التى يحصل فيها البيع بالمزايدة أمامها ، و (ب) فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء فى الحالتين المنصوص عليهما ، وهما عدم امكان القسمة بين الشركاء عينا ونزع الملكية قهرا . فالظاهر من النص الفرنسى أن الشارع لم يرد تقييد حالات البيع بالمزايدة ، وانما نص على الحالتين المذكورتين فى الفقرة الأولى من المادة ٣ بالنسبة لجهات القضاء ، وهما الحالتان اللتان يكون فيهما البيع بالمزاد العلنى أمام هذه الجهات . والأخذ بهذا

الرأى يتفق مع قواعد الشفعة التى يجب عدم التوسع فى حالاتها .

وعندنا أنه وقد تعارض النصان العربى والفرنسى يجب العمل بالنص الفرنسى ، لأنه الأصل فى قانون الشفعة ، فقد وضع هذا القانون باللغة الفرنسية ، وصدر أولا بالنسبة للمحاكم المختلطة ، ثم ترجم ، وصدر بعد ذلك بالنسبة للمحاكم الأهلية . ولم يطرح هذا القانون للمناقشة أمام مجلس شورى القوانين كما ذكر ذلك خطأ فى حكم محكمة مصر الابتدائية الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ السابق الاشارة اليه (١) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية ، تطبيقا للرأى الذى قلنا بترجيحه ، بأن الشارع منع الشفعة فيما يباع بالمزاد العلنى أمام احدى جهات الادارة ، ومن ثم فلا شفعة فيما يباع من الأطيان بالمزاد العلنى من مصلحة الأملاك الأميرية (٢) .

٢١٤ — ويلاحظ أنه فى حالة البيع بالمزاد العام أمام احدى جهات الادارة لا شفعة فى حالة البيوع التى تقوم بها الادارة ، سواء أكانت بالنسبة للعقارات التى هى من الأملاك الخاصة للدولة (٣) ، أم بالنسبة للعقارات المملوكة للأفراد والتى تحجزها الحكومة وتبيعها بالمزاد لاستيفاء الأموال ونحوها (٤) .

---

(١) من رأى الأستاذ زكى العرابى بك وجوب اتباع النص العربى — وان كان النص الفرنسى هو الأصل — لأن نفس الشارع — وهو الذى وضع القانون فى الأصل باللغة الفرنسية — أمر بأن نعتبر النص العربى هو الأصل والفرنسى الترجمة (نبذة ٢٤ ص ٢١) .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ (دائرة أحمد موسى باشا ومستر كرشو ومتولى غنيم بك) المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

(٣) أسيوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ المتقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ (٣٢ ص ٧٩) ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٣١) .

قارن رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك الذى يرى أن المادة ٣ مقصورة على البيع الذى يحصل بالمزاد بمعرفة الادارة عن أملاك الحكومة الخاصة ، وأن النص العربى يوهم بأن المزاد يحصل بواسطة السلطة الادارية عن عقارات الأفراد قهرا أو رغبة ، وهذا غير صحيح ، وعلى ذلك يجب الأخذ بالنص الفرنسى (نبذة ٥٢٩ ص ٧٤١) .

٢١٥ — الحكمة من استثناء المبيع بالمزايدة — السبب فى الاستثناء واضح ، وهو أن الذى يريد الأخذ بالشفعة ما عليه الا الحضور فى جلسة المزايدة .

يضاف الى ذلك ما جاء فى حكم محكمة مصر الابتدائية [١] ، وهو حرص المشرع على أن يباع العقار المبيع جبرا بأعلى ثمن ممكن ، ومنع الشفعة موصل الى هذا الغرض ، فان اباحة الشفعة تهدد المشترين وتقعدهم عن المزايدة ، فضلا عن أن منعها يلزم الشفيع بالزيادة على الراسى عليه المزاد .

٢١٦ — معنى المزايدة — المزايدة التى يقصدها القانون هى المزايدة العلنية التى تحصل بالنداء بالأثمان ، حتى يتمكن الشفيع من الدخول فى المزايدة ومن متابعة الزيادة الى أن يرسو عليه المزاد .

أما المزادات التى تعطى داخل مظاريف ، ولا يعرف كل مقدار ما عرضه الآخر فلا تعتبر علنية ، بل هى مزايدات سرية لا تمنع شفعة ، ويمكن القول بأنه فى مثل هذه الحالة لا توجد مزايدة بالمرة ، وانما يوجد مجرد تقديم عطاءات [٢] .

وقد حكم بأن البيع بالمزاد أمام احدى جهات الادارة الذى لا يخول الحق فى الشفعة هو البيع الذى يحصل بناء على الاجراء المنصوص عليه فى دكريتو ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ ودكريتو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق نزع الملكية

---

(١) مصر الابتدائية الأهلية ٣٠ يناير ١٩٢٩ (دائرة على زكى العرابى بك وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٢ المجموعة ٣٠ ص ١٧١ .

(٢) مصر الابتدائية ٣٠ يناير ١٩٢٩ المجموعة ٣٠ رقم ٧٢ ص ١٧١ — أسيوط الابتدائية ٢٩ يناير ١٩٢١ التقدم (المجموعة ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١) .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص ٤١٤) .

قهرا الى الحصول على الأموال المتأخرة ، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للحكومة الذى يحصل بطريق العطاء داخل مظروف مختوم بناء على اعلان للجمهور ، وفقا لشروط المنشور الوزارى المؤرخ فى ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ ، فان هذا البيع ، ولو أنه حاصل بالطريق الادارى ، فان ذلك لا ينفى أنه بيع اختيارى ولا يصير تاما الا اذا وافقت الحكومة عليه [١] .

وحكم بأن البيع الذى تعقده الحكومة مع المشفوع منه بطريقة ودية من غير اجراءات المزاد يعطى الحق فى طلب الشفعة لمصلحة الجار الذى يثبت توافر شروطها ، ولا يمنعها أن المشفوع منه كان استأجر الأراضى المبيعة له لزراعتها [٢] .

٢١٧ — والبيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد لا يمنع من الشفعة ، اذ لا تتوافر فيه كل الضمانات التى توجد فى البيع الحاصل أمام جهات القضاء أو الادارة .

٢١٨ — ماهية الدفع بأن العين المطلوبة شفعتها بيعت بالمزايدة العلنية — الدفع بأن لا شفعة فيما بيع بالمزايدة ليس دفعا يتعلق بشكل الدعوى ، بل هو خاص بأصل الحق ، فيجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى [٣] .

٢١٩ — عدم التوسع فى النص — يجب قصر نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة على الحالة المنصوص عليها فيها صراحة [٤] .

(٢) البيع لبعض الأقارب

٢٢٠ — جاء فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة :

---

(١) استئناف مختلط ١٨ يونيه ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٧٧) .

(٣) استئناف مصر ١٢ فبراير ١٩٢٣ المتقدم (المجموعة ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢) .

(٤) استئناف مختلط ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .

« وكذلك لا شفعة فيما يبع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما يبع من أحد الزوجين ، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة [١] » .

«Il en est de même s'il s'agit de vente entre ascendants et descendants, entre mari et femme ou entre parents jusqu'au troisième degré».

٢٢١ — الأصول والفروع — ينطبق حكم الفقرة على كل البيوع التى تقع بين الأصول والفروع ، سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع ، كما هو ظاهر من النص .

وتنطبق الفقرة مهما كانت الدرجة بين الأصل والفرع . فلا شفعة اذا باع شخص عقاره لابنه أو لابن ابنه أو لابن ابن ابنه وان نزل ، أو اذا باعه لأبيه أو لجده وان علا .

وحكم المادة يسرى أيضا ، كما قررت محكمة الاستئناف [٢] ، فى الحالة التى يكون فيها المشترى والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، فان هذا النص انما جاء فى قانون الشفعة ، لأن مثل هذا النوع من البيع ان لم يكن فى الحقيقة هبة ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها الا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين . وليست الحكمة منه منع الأجنبى من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه .

٢٢٢ — عدم التوسع فى النص — لا يصح التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة ، بل يجب قصرها على الحالة التى تنص عليها فقط [٣] .

فلا تنطبق على حالة البيع من الأب لزوجة ابنه ، ولا من الأم لزوج ابنتها

(١) راجع مصر ٢٩ أكتوبر ١٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٨٧ .

(٢) استئناف ٨ أبريل ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألستون ومستر ساتو) المجموعة ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢ الحقوق ٢١ ص ٣٥١ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

الخ ، لأن الفقرة المذكورة نصت على البيع الذى يحصل بين الأصول والفروع فقط ، ولم تنص على أزواج الأصول وأزواج الفروع ، كما فعلت المادتان ١٥٥ ٢١٧ ، ٢١٨/١٥٦ الخاصتان بالنفقات [١] .

٢٢٣ — الأقارب Parents — الأقارب الذين تنص عليهم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الشفعة هم غير الفروع والأصول ، لأن هؤلاء غير مقيدين بدرجات ، وقد نص عليهم خصيصا . فلا تجوز الشفعة فيما يباع للفروع من الأصول مهما كانت الدرجة كما تقدم . بخلاف الأقارب ، كالأخوات ، والأخوال ، والأعمام ، وأولاد العم والخال ، وأولاد الأخوات ، فان الشفعة لا تجوز اذا كان البيع لأحد الأقارب لغاية الدرجة الثالثة ، وتجوز اذا كانت درجة القرابة أكثر من ذلك .

وتحسب درجة القرابة بحسب الطريقة المرسومة فى المادة ٢٤٠ مرافعات ، التى جاء فيها : « ويكون احتساب الدرجات على حسب طبقات الأصول طبقة فطبقة الى الجد الأصلى بدون دخول الغاية ، وعلى حسب طبقات الفروع طبقة فطبقة . . . بدخول الغاية » . وهذا النص وان كان قد ورد بصدد حالة معينة ، وهى حالة رد أهل الخبرة ، فانه يتضمن القاعدة العامة التى أرادها الشارع المصرى فى احتساب الدرجات ، ولا يعدل عنها الا عند النص على ما يخالفها فى القانون [٢] .

وقد حكم بأن البيع الذى يصدر من أخ لأخيه أو لأولاد أخيه لا تقبل فيه شفعة ، لأن الأخ يعتبر من الدرجة الثانية وابن الأخ من الدرجة الثالثة [٣] .

وأولاد العم وأولاد العمة يعتبرون من الدرجة الثالثة ، فلا يسرى عليهم حق الشفعة من الغير ، فالأصل الذى يجتمع فيه ابن العم بالبائع له هو الجد ،

---

(١) دى هلتس نبذة ٢٣ .

(٢) دكرنس الجزئية (القاضى محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٠٦ ص ٦٦٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٧ .

(٣) سوهاج (القاضى محمود علام) ٢٧ ينـاير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

فيحسب من البائع لأبيه درجة ، ومن أبيه لعمه درجة ثانية ، لأن الجد وهو الغاية فى الأصول لا يدخل ، ومن العم لابنه درجة ثالثة [١] .

٢٢٤ — الحكمة من استثناء البيع للأقارب — الحكمة فى منع الشفعة فيما بيع للأقارب أن البيع فى هذه الحالة شبه هبة مستورة ، ولا يجبر الواهب على هبة شىء من أمواله على غير ارادته . فاذا بيع لقريب لا يصح لقريب آخر أن يشفع ، ولو كان على درجة واحدة فى القرابة مع المشترى .

وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع قريبا للبائع (لأنه ابن خالته) فلا تجوز شفعته اذا كان البيع صادرا لابن العمة ، ولو أنهما على درجة واحدة من القرابة ، أى الدرجة الثالثة للسبب المتقدم [٢] .

٢٢٥ — اختصاص المحكمة المطروح أمامها دعوى الشفعة بنظر النزاع فى القرابة — قضت محكمة طهطا بأن القرابة المانعة من الشفعة مسئلة مدنية متفرعة من دعوى الشفعة ، وتدخل فى صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراما للمبدأ القائل بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، والقول بغير هذا الرأى يترتب عليه أنه كلما عرضت مسئلة القرابة فى قضية من القضايا التى لا يمكن الفصل فيها الا بثبوتها ، كدعاوى رد الخبراء ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادى من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى . وقد يكونون تابعين

= هكذا جاء فى الحكم . ولكن بتطبيق القاعدة المتقدمة يظهر أن الأخ يعتبر من الدرجة الأولى ، وابن الأخ من الدرجة الثانية .

(١) دكرنس الجزئية (القاضى محمد جلال صادق) ١٣ أكتوبر ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٠٦ ص ٦٦٠ ميت غمر الجزئية (القاضى فهيم ابراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٩ .

(٢) ميت غمر الجزئية (القاضى فهيم ابراهيم عوض) ٣١ مايو ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٩ ص ٨٨٣ .

لطوائف مختلفة ، ولهم فى أحوالهم الشخصية هيئات مختلفة [١] .

وأضافت المحكمة المذكورة أن القرار الصادر من المجالس الملية بنفى القرابة بين البائع والمشترى لا يقيد المحكمة عند نظر دعوى الشفعة فى اثبات هذه القرابة بما يقدم لديها من الأدلة . فالمجالس الملية انما تستمد وجودها من الخط الهمايونى الصادر فى فبراير سنة ١٨٥٦ والمادة ١١ من القانون الأساسى للدولة العثمانية ، وواضح لها أن اختصاصها ينحصر فى المسائل المتعلقة بالدين من زواج وطلاق ونفقة وما أشبه ، وهو اختصاص استثنائى لا يصح القياس عليه ، كما لا يصح التوسع فيه بطريق التأويل أو التفسير . واذا جاوزت هذه الهيئات حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء ، ولذلك كانت قراراتها دائما محلا للفحص والتحقيق [٢] .

٢٢٦ — الأصهار (alliés) — يجب كما تقدم عدم التوسع فى تفسير الفقرة الثانية من المادة ٣ ، فلا تنطبق هذه الفقرة على الأصهار [٣] .

٢٢٧ — القرابة وعدم تجزئة الشفعة — حكم بأنه اذا بيعت عين لعدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فانتفت الشفعة بالنسبة اليهم ، فانها تبطل بالنسبة الى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم فى هذه الحالة مع نص المادة ١١ من قانون الشفعة الذى نص على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه [٤] .

---

(١) طهطا الجزئية (القاضى عبد العظيم الشقنقيرى) ٧ نوفبر ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٣ .

(٢) حكم طهطا الجزئية المتقدم .

راجع استئناف مختلط ٩ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٧١ ص ٥٦٦ — استئناف أهلى ١٤ يونيه ١٩٠٨ المجموعة ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٤) سوهاج الجزئية (القاضى محمود علام) ٢٧ يناير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ .

(٣) ما بيع ليجعل محل عبادة

٢٢٨ — تنص المادة ٦ على أنه :

« لا شفعة فيما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به » .

« La préemption n'est pas non plus admise si l'immeuble vendu est destiné à l'exercice d'un culte ou doit être annexé à un immeuble déjà affecté à cet usage».

وليس النص قاصرا على محال العبادة الخاصة بالديانة الاسلامية ، كالمساجد ، بل ينطبق أيضا على محال العبادة الخاصة بالديانات الأخرى الموجودة بمصر ، كالكنائس .

ولا ينطبق على المستشفيات والملاجىء والتكايا والمدارس ، لأنها ليست محال عبادة ولا ملحقة بها [١] .

الأملاك المعطاة للموظفين بدل المعاش

٢٢٩ — حكمت محكمة الاستئناف المختلطة [٢] بأن لا شفعة فيما تتنازل عنه الحكومة من أملاكها الحرة لموظفيها السابقين بدلا عما يستحقونه من المعاش ، لأن حق الشفعة لا يجوز التوسع فيه .

ولكن الظاهر أن هذا التنازل هو بيع بكل معانيه ، وتصح فيه الشفعة [٣] .

---

(١) دى هلتس نبذة ٢٤ — العرابى بك نبذة ٢٧ ص ٢٣ .

(٢) ١٨ ابريل ١٨٩١ (٣ ص ٢٨٦) .

(٣) راجع زكى العرابى بك نبذة ٢٩ ص ٢٤ — ٢٥ .

عكس هذا الرأى : ذهنى بك « الأموال » نبذة ٥١٨ هامش ١ ، فمن رأيه أن العقد الذى تتنازل فيه الحكومة عن أراض لموظف محال على المعاش مقابل ما يستحقه من المعاش هو عقد خاص مستقل بذاته sui generis ، ولا يعتبر عقد بيع ، انما تقرب من البيع والبدل والعقد الاحتمالى ، ولا تجوز فيه الشفعة .

راجع أيضا ما تقدم .

المال الذى تجوز فيه الشفعة

فى الشريعة الاسلامية

٢٣٠ — اتفق الفقهاء على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها . واختلفوا فيما سوى ذلك .

وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة الا فى العقار فقط . وحكى عند قوم أن الشفعة فى كل شىء ، ما عدا المكيل والموزون [١] .

٢٣١ — **مذهب المالكية** — تحصيل مذهب مالك أن الشفعة فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه و بين شريكه غير مقسوم . والثالث ما تعلق بهذه ، كالثمار ، وفيها عنه خلاف . واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا . وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده . وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ، ولا فى عرصة الدار . واختلف عنه فى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ؟ وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين . وبه قال أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين [٢] .

٢٣٢ — **مذهب الشافعية** — تجب الشفعة فى العقار ، لما روى جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان

---

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

باعه ولم يؤذنه فهو أحق به . ولأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر .

وأما غير العقـار من المنقولات فلا شـفعة فيه ، لمـا روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شـفعة الا فى ربعـة أو حائط . وأما البنـاء والغراس فانه ان بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة ، لمـا روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليـه وسـلم « من كان له شريك فى ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه » ، لأنه ينقل ويحول ، فلم تثبت فيـه الشفعة [١] .

وان بيع الزرع مع الأرض ، أو الثمرة الظاهرة مع الأصـل ، لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول ، فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة ، كثيران الضيعة . فان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه قولان ، أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس ، والثانى لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل ، كالزرع والثمرة الظاهرة [٢] .

٢٣٣ — مذهب الحنفية — يشترط أن يكون المبيع عقـارا أو ما هو بمعناه ، وهو العلو [٣] . فان كان غير ذلك فلا شفعة فيـه . وسواء كان العقار مما

---

(١) المهذب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

واختلف الشافعية فى النخل اذا بيعت مع اقرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ، فمنهم من قال تثبت فيها الشفعة لأنها فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعهـا (المهذب ١ ص ٣٨٠) .

(٢) المهذب الجزء الأول ص ٣٨٠ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٠٦ : يشترط فى المبيع الذى تثبت فيه الشفعة أن يكون عقارا ولو غير قابل للقسمة . . . ولا فرق فى العقار بين أن يكون دارا أو حانوتا أو أرضا أو كرما أو علوا أو سفلا .

يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، كالحمام والرحا والبئر[1] والنهر والعين والطريق والدور الصغار ، وهذا خلافا للشافعى الذى يقول بعدم وجوب الشفعة الا فى عقار يحتمل القسمة[2] . وسبب الخلاف أن الشفعة عند الحنفية وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم ، وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء . وعند الشافعى وجبت معلولة بدفع ضرر خاص ، وهو ضرر القسمة ، فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل[3] .

ولا تجوز الشفعة فى البناء والشجر والنخل المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها ، لأنها منقولات ، فاذا بيعت مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض[4] .

٢٣٤ — **مذهب الحنابلة** — عند أحمد شرط الشفعة أن يكون المبيع أرضا ، لأنها التى تبقى على الدوام ويدوم ضررها . وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض ، فانه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض ، بغير خلاف فى المذهب . وقد دل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط . وهذا يدخل فيه البناء والأشجار . والقسم الثانى ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فانه لا يؤخذ بالشفعة

---

(١) جاء فى بداية المجتهد (٢ ص ٢٤٣ — ٢٤٤) أن أبا حنيفة لم يجز الشفعة فى البئر والفحل ، وأجازها فى العرصة والطريق ، وأن أبا حنيفة استدل على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر . ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات ، لا التى تكون فى أرض متملكة .

(٢) راجع ما سيجىء نبذة ٢٣٦ .

(٣) البدائع ٥ ص ١٢ — ١٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

(٤) الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ — مرشد الحيران المادة ١٠٩ .

مع الأصل (١) .

وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار ، أو لا ينقل كالبناء والغراس اذا بيع مفردا (٢) .

٢٣٥ — الشفعة فى المنقول — ظهر مما تقدم أن جمهور الفقهاء على أن الشفعة لا تثبت الا فى العقار . وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد .

وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة واسحاق لا شفعة فى المنقولات . واختلف عن مالك وعطاء ، فقالا مرة كذلك ، ومرة قالا الشفعة فى كل شىء ، حتى فى الثوب . قال ابن أبى موسى وقد روى عن أبى عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيف والحيوان وما فى معنى ذلك . قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب فى البناء والغراس وان بيع مفردا ، وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما لم يقسم » ، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبى مليكة روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشفعة فى كل شىء » (٣) .

واستند القائلون بقصر الشفعة على العقار على ما يأتى :

---

(١) وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فتثبت فيه الشفعة تبعا ، كالبناء والغراس .

ولأحمد أنه لا يدخل فى البيع تبعا ، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار ، وعكسه البناء والغراس ، وذلك لأن الشفعة بيع فى الحقيقة ، لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضا المشترى ، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة ، لأنها تتبع فى البيع ، فأشبهت الغراس فى الأرض .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٦٣ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٦٣ — ٤٦٥ — راجع اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٠ .

(١) الأصل عدم انتزاع الانسان مال غيره الا برضاه ، ولكن تركنا ذلك فى الأرض والعقار لثبوت النصوص فيه . فقوله فى الحديث الصحيح فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يدل على اختصاصها بذلك .

وقول جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل شرك فى أرض أو ربع أو حائط يقتضى انحصارها فى ذلك .

وأما الآثار المتضمنة لثبوتها فى المنقول فضعيفة . وحديث « الشفعة فى كل شىء » لم يرد فى الكتب الموثوق بها [(١)] .

(٢) وقد قال عثمان بن عفان لا شفعة فى بئر ولا فحل والأرف يقطع كل شفعة . والفحل النخل والأرف بوزن الغرف المعالم والحدود [(٢)] .

(٣) الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر فى غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفى المنقول لا يتأبد ، فهو ضرر عارض ، فهو كالمكيل والموزون [(٣)] .

(٤) الضرر فى العقار يكثر جدا ، فالشريك فيه يحتاج الى احداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار . فأين ضرر الشركة فى الجوهرة والسيف من هذا الضرر ؟ [(٤)] .

واعترض من أجاز الشفعة فى كل شىء بما يأتى :

(١) انما كان الأصل عدم انتزاع ملك الانسان منه الا برضاه لما فيه من الظلم له والاضرار به . فأما ما لا يتضمن ظلما ولا اضرارا بل مصلحة له باعطائه الثمن فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه ، بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فان أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وان لم يرض صاحب المال ، وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه

---

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — المغنى ٥ ص ٤٦٥ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٣) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

(٤) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ .

واضرار لشريكه فلا يمكنه الشارع منه ، بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه الى غير شريكه وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له فى ذلك [١] .

(٢) أما الآثار فقد جاءت بهذا وهذا ، ولو قدر عدم صحتها بالشفعة فى المنقول فهى لم تنف ذلك ، بل نبهت عليه .

(٣) وأما تأبد الضرر وعدمه ففرق فاسد ، فان من المنقول ما يكون تأبده كتأبد العقار ، كالجوهرة والسيف والكتاب والبئر ، وان لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره ، كالعبد والجارية ، ولو بقى ضرره مدة فان الشارع مريد لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته .

(٤) وأما التفريق بكثرة الضرر فى العقار وقلته فى المنقول فان الضرر فى العقار يكثر من تلك الجهات ولكن يمكن رفعه بالقسمة ، وأما الضرر فى المنقول فانه لا يمكن رفعه بقسمته . على أن هذا منتقض بالأرض الواسعة التى ليس فيها شىء [٢] .

٢٣٦ – ما لا تمكن قسمته – اختلف فيما لا تمكن قسمته من العقار [٣] ، كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والطريق الضيقة والعراص الضيقة ، فعن أحمد فيها روايتان : احداهما لا شفعة فيما لا يمكن قسمته ، وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعى . والثانية فيها الشفعة ، وهو قول أبى حنيفة والثورى وابن سريج . وعن مالك كالروايتين .

ووجه من يقول بالشفعة عموم قوله عليه السلام « الشفعة فيما يقسم » ، وسائر الألفاظ العامة ، ولأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة ، والضرر فى هذا

---

(١) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥١ — ٢٥٢ .

(٢) اعلام الموقعين ٢ ص ٢٥٢ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٢٠ وما بعدها .

النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره .

ووجه من يقول بعدم الشفعة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة » ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب فى رؤس المسائل . وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شفعة فى بئر ولا نخل . ولأن اثبات الشفعة فى هذا يضر بالبائع ، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة ، فيؤدى اثباتها الى نفيها . ويمكن أن يقال ان الشفعة انما تثبت لدفع الضرر الذى يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم [1] .

٢٣٧ — السفينة — قال مالك تجب الشفعة فى السفينة . وقال غيره لا تجب .

وجه قوله أن السفينة أحد المسكنين ، فتجب فيها الشفعة ، كما تجب فى المسكن الآخر ، وهو العقار .

ووجه قول الآخرين ما روى عن رسول الله صلى عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط ، لأن الشفعة فى العقار ما وجبت لكونه مسكنا ، وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام ، وذلك لا يتحقق الا فى العقار [2] .

فى القانون

٢٣٨ — لا تكون الشفعة الا فى العقار ، فلا تجوز فى المنقول . وانه وان كان هذا الحكم لم ينص عليه صراحة فى قانون الشفعة ، فانه واضح من مجموع مواده ، حيث تكلمت المواد ١ ، ٢ ، ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، ٢١ فى الشفعة فى العقار immeuble ، ولم يذكر القانون المذكور ، فى أية

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٦٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٢ .

مادة من مواده ، الشفعة فى المنقول .

ومن المعلوم ، كما تقدم [١] ، أن العقار فى القانون اما أن يكون : (١) مالا ثابتا بطبيعته immeuble par nature ، أو (٢) مالا ثابتا بطريق التخصيص immeuble par destination ، أو (٣) مالا ثابتا بالنسبة للشىء المتعلق به immeuble par l'objet auquel il s'applique [٢] .

أما بالنسبة للأموال الثابتة بطبيعتها ، فان الشفعة تكون فيها ، سواء أكانت أرضا ، أم بناء [٣] ، أم غراسا ، فان البناء وحده ، أو الغراس وحده ، معتبر عقارا ، بقطع النظر عن الأرض القائم عليها ، فتقع فيه الشفعة . وهذا خلافا للشريعة التى تعتبر ، كما تقدم ، البناء والغرس من المنقولات [٤] ، فلا تجوز فيها الشفعة الا اذا بيعت مع الأرض ، ولكن اذا بيعت من غير الأرض فلا شفعة فيها[٥] . غير أن الامام مالكا يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

وبالنسبة للأموال الثابتة بطريق التخصيص فانها تتبع العقارات التى اتصلت بها ، ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لأنها تكون منقولة فى هذه الحالة .

وفيما يتعلق بالأموال الثابتة بالنسبة للشىء المتعلقة به ، فتصح الشفعة فيها اذا تحققت الشروط التى يتطلبها القانون ، كالجوار ، وقد أجاز القانون نفسه ، كما رأينا ، فى المادة ٢ ، لمالك الرقبة ، أن يطالب بالشفعة فى حالة بيع حق الانتفاع[٦] .

---

(١) راجع نبذة ١٨ .

(٢) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٢٨ وما بعدها .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٨١ حيث فصلنا الشفعة فى البناء .

(٤) راجع الجزء الأول من كتابنا « الملكية والحقوق العينية » نبذة ٨٧ .

(٥) راجع ما تقدم — المادة ١٠٩ من مرشد الحيران .

(٦) راجع ما تقدم نبذة ٥٨ ، ونبذة ٨١ .

٢٣٩ — وقد تكلمنا بالتفصيل ، فيما سبق ، فى البناء [١] ، والدور ذات الطبقات [٢] .

عدم تجزئة العقار المبيع

٢٤٠ — **حق الشفعة لا يتجزأ** indivisible — يجب أن يشمل حق الشفعة جميع الأعيان المبيعة ، فلا يسوغ طلب جزء من المبيع بالشفعة وترك جزء منه ، والا كان فى ذلك تفرقة للصفقة واضرار بالمشترى ، اذ أن الثمن تقدر جملة واحدة ، بصرف النظر عن قيمة كل جزء على حدته ، وقد يكون الجزء المشفوع فيه أصقع من باقى الأجزاء الأخرى ، ولولاه لما رغب المشترى فى أن يأخذ جملة الصفقة [٣] .

وكانت المحاكم قبل صدور قانون الشفعة تقضى بهذه القاعدة [٤] . وقد نص عليها صراحة قانون الشفعة فى المادة ١١ ، وهى حكم الشريعة الاسلامية أيضا ، بالتفصيل الذى سنذكره فيما يلى .

فى الشريعة الاسلامية

٢٤١ — قاعدة عدم التجزئة مقررة فى الشريعة الاسلامية ، اذ من

(١) نبذة ٨١ ، ٨٣ .

(٢) نبذة ٨٢ .

(٣) ملوى الجزئيــة ٢٢ اكتوبر ١٩٠٦ (القاضى على عبد الرازق) المجموعة ٨ رقم ١١٦ ص ٢٤٦ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٦ .

استئناف ٢٠ نوفبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدقى بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥) .

قنا الابتدائية ٢٥ يناير ١٩٢٦ (دائرة حسن صادق رشيد بك والقاضى حسن منصور والقاضى عبد الحميـد عمر وشاحى) المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٩ .

استئناف مختلط ٥ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٨٦) .

(٤) استئناف ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هلتس ومستر كوغلين) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ رقم ١٢٢ .

شروط التملك بالشفعة أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى . فان تضمن فليس له أن يتملك ، لأن فى التفريق ضررا بالمشترى ، وهو ضرر الشركة ، ودفع الضرر بالضرر متناقض [١] .

وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعض ، أنه هل يملك ذلك ، فجملة الكلام فيه أن المشترى لا يخلو : (١) اما أن يكون بعضه ممتازا عن البعض ، و (٢) اما أن لا يكون :

(١) فان لم يكن ، بأن اشترى دارا واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض ، أو يأخذ الجانب الذى يلى الدار دون الباقى ، ليس له ذلك بلا خلاف بين الحنفية ، ولكن يأخذ الكل أو يدع ، لأنه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشترى ، لأن الملك له فى كل الدار ثبت بقول واحد ، فكان أخذ البعض تفريقا ، فلا يملكه الشفيع . وسواء اشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر ، حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له ، سواء كان المشترى قبض أو لم يقبض ، فى ظاهر الرواية [٢] .

وروى أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما بعد القبض .

وجه هذه الرواية أن التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق ، لأن التملك يقع على البائع ، وقد خرج نصيبه عن ملكه ، فلا يلزمه ضرر التفريق ، وهو ضرر الشركة ، بخلاف ما بعد القبض ، لأن التملك بعد القبض يقع على المشترى ، ألا ترى أن العهدة عليه وفيه تفريق ملكه . وجاء فى البدائع أن الصحيح جواب الرواية ، لأن الملك قبل القبض للمشترى بصفقة واحدة ، فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه ، فيلزمه ضرر الشركة [٣] .

---

(١) البدائع ٥ ص ٢٥ — المغنى ٥ ص ٥٢٧ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٥ . وعن أحمد والشافعى أن للشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، لأن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بعقد (المغنى ٥ ص ٥٣٠) .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٥ .

ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فى قولهم جميعا ، لأن الأخذ هنا لا يتضمن التفريق ، لأن الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها ، اذ الملك فى نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله ، فلم تتحد الصفقة ، فلا يقع الأخذ تفريقا لحصول التفريق قبله ، وسواء كان بعد القبض أو قبله ، فى ظاهر الرواية [1] . وروى أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل ، و بعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين .

وجه هذه الرواية أن أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع ، والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق ، لأن التملك يقع على البائع ، وأنه لا يجوز ، ألا ترى أن أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك .

ووجه ظاهر الرواية أن الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء ، فلا يكون أخذ البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الأخذ . وقوله فيه تفريق اليد ، وهو القبض ، ممنوع ، فالشفيع يتملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ، ولكنه لا يفرق اليد ، حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الاخر كيلا يتفرق القبض ، وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة ، أو سمى للجملة ثمنا واحدا ، فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها ، لا لاتحاد الثمن وتعدده ، لأن المانع من التفريق هو الضرر ، والضرر ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن .

وسواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره فى الفصلين جميعا . حتى لو وكل رجلان جميعا رجلا واحدا بالشراء ، فاشترى الوكيل من رجلين ، فجاء الشفيع ، ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة . ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد ، فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين . وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا لرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو

---

(١) وهذا هو رأى أحمد ومالك والشافعى (المغنى ٥ ص ٥٣٠) .

من ثلاثة . قال محمد وأنا أنظر فى هذا الى المشترى ولا أنظر الى المشترى له ، لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة الى الوكيل ، فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل [١] .

(٢) وان كان المشترى بعضه ممتازا عن البعض ، بأن اشترى دارين صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ احداهما دون الأخرى . فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ، ولكن يأخذهما جميعا أو يدعهما . وهذا قول أبى حنيفة وصاحبيه . وقال زفر له أن يأخذ احداهما بحصتها من الثمن .

وجه قول زفر أن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ، ولم يوجد ههنا ، لانفصال كل واحدة من الدارين عن الأخرى .

ووجه قول الآخرين أن الصفقة وقعت مجتمعة ، لأن المشترى ملك الدارين بقبول واحد ، فلا يملك الشفيع تفريقها ، كما فى الدار الواحدة . وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم ، لكن فيه ضرر آخر ، وهو أن الجمع بين الجيد والردىء فى الصفقة معتاد فيما بين الناس ، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لأخذ الجيد ، فيتضرر منه المشترى ، لأن الردىء لا يشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد ، فيتضرر به .

وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين ، فى مصر واحد أو مصرين ، فهو على الاختلاف [٢] .

فان كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الأخرى ، ووقع البيع صفقة واحدة ، فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة ؟

روى عن أبى حنيفة أنه ليس له أن يأخذ الا التى تجاوره بالحصة .

وكذا روى عن محمد فى الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحداهما ، أنه ليس له الشفعة الا فيما يليه .

---

(١) البدائع ٥ ص ٢٥ — ٢٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٦ .

وكذا قال محمد فى الأقرحة المتلاصقة ، وواحد منها يلى أرض انسان ، وليس بين الأقرحة طريق ولا نهر ، انما هى منساة ، انه لا شفعة له الا فى القراح الذى يليه خاصة .

وكذا فى القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ، أن لكل شفيع أن يأخذ القراح الذى يليه خاصة .

وروى الحسن عن أبى حنيفة أن للشفيع أن يأخذ الكل فى ذلك كله بالشفعة .

قال الكرخى رواية الحسن تدل على أن قول أبى حنيفة كان مثل قول محمد ، ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة .

وجه الرواية الأولى أن سبب ثبوت الحق ، وهو الجوار ، وجد فى أحدهما ، وهو ما يليه ، فلا يملك الا أخذ أحدهما ، والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شيئين ، أحدهما ثبت فيه حق الشفعة ، والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة ، فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق ، كما اذا اشترى عقارا أو منقولا صفقة ، انه يأخذ العقار خاصة ، كذا هذا .

ووجه الرواية الأخرى أن سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقى لكن لا سبيل الى أخذه خاصة بدون الباقى ، لما فيه من تفريق الصفقة ، فيأخذ ما يليه قضية للسبب ، ويأخذ الباقى ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة [1] .

قانون الشفعة

٢٤٢ — جاء فى المادة ١١ من قانون الشفعة أنه :

« اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا يجوز الشفعة الا فيه بتمامه ، أما اذا

« Si un immeuble est vendu indivisément à plusieurs personnes, le droit de préemption ne peut s'exercer que sur l'immeuble en-

(١) البدائع ٥ ص ٢٦ .

عينت فى العقد حصة كل منهم مفروزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة » .

tier; si, au contraire, l'immeuble a été partagé entre les acquéreurs, le droit de préemption pourra s'exercer soit sur la totalité de l'immeuble soit sur une ou plusieurs quote-parts(1), en se conformant aux règles établies pour l'exercice du droit de préemption».

٢٤٣ – تعدد المشترين – نصت المادة ١١ على حالتين :

(١) نصت أولا على أنه اذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص فيجب على الشفيع أن يأخذ كل العقار .

وقد حكم استنادا على ذلك ، بأنه اذا بيعت عين لعدة أشخاص على الشيوع بينهم ، وكان بعضهم من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الثالثة ، فانتفت الشفعة بالنسبة اليهم ، فانها تبطل بالنسبة الى الباقين ، لأن حق الشفعة يتصادم فى هذه الحالة مع نص المادة ١١ ، الذى نص على أنه اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه (٢) .

(٢) نصت المادة ١١ كذلك على أنه فى حالة بيع العقار لعدة أشخاص ، مع تعيين حصة كل منهم مفروزة ، يكون للشفيع الحق فى طلب أخذ العقار بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر ، فهذا الخيار المعطى للشفيع يثبت له بمجرد كونه حائزا لسبب الأخذ بالشفعة بالنسبة للعقار بتمامه ، بدون وجوب توافر هذا السبب بالنسبة لكل حصة من الحصص المطلوب أخذها بالشفعة ، بشرط أن يكون فى ممارسته لهذا الحق تحقيق للغرض المقصود من الأخذ بالشفعة ، وهو رفع ضرر

---

(١) راجع انتقاد دى هلتس لكلمة quote-parts (نبذة ١٠٠) .

(٢) سوهاج الجزئية ٢٧ يناير ١٩٢٣ (القاضى محمود علام) المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٤ .

راجع أيضا اسنا الجزئية ١٣ يناير ١٩٢٣ (القاضى حسن رياض) المجموعة ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦٠ .

الجوار المحتمل بحسب ما افترضه القانون ، ولذا لا يجوز للشفيع أن يترك الجزء المبيع المجاور لأرضه ويأخذ الجزء البعيد عنه من كل جهة ، بل يجب أخذ الجزء المجاور له أو كل أجزاء العقار جملة واحدة ، أو الجزء المجاور له وما يتصل به من الأجزاء الأخرى ، ولو كان بعض هذه الأجزاء غير متوافر فيه فى ذاته شرط الجوار ، كملك الشفيع من جهتين مثلا [1] .

---

(١) طنطا الابتدائية ١٦ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) الحقوق ٣٤ ص ١٨٧ المجموعة ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٢ . وقد جاء فى الحكم :

« فان كان السبب الجوار من جهتين وجب أن يكون كذلك بالنسبة للحصص التى يطلب أخذها بالشفعة فى مجموعها ، فلا يصح له مثلا أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال الا من جهة واحدة ، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة لملكه من الجهتين . ولكن يكفى أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين ، وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوفر فيه فى ذاته شرط الجوار للملك الشفيع من الجهتين ، وذلك لأن اباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر فى نظر القانون هو كلية العقار وكلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه بحيث ان هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلا واحدا متى تحقق الجوار من جهتين فى بعضه سرى ذلك الى باقيه . والقول بخلاف ذلك يؤدى الى نتيجة غير مقبولة ، وهى أنه فى مثل هذه الحالة يكون للشفيع أن يأخذ العقار بتمامه ، ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص الا كل حصة تكون بذاتها مجاورة له من الجهتين ، وقد لاحظ المقنن فى ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفيع من جميع من ينتقل اليهم بالبيع بحصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه ابعاد الضرر عنه ، وقد يكون ذلك متحققا فى عدد من جيرانه الجديدين ، فان اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون البعض فانه يبقى جارا ملاصقا أيضا لهذا البعض الباقى ، فلا يدفع عن نفسه أذى جواره ، لذلك جعل له القانون الحق فى أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوفرا فى بعضها ويكون باقيها متصلا بها .

« وحيث ان العقار هنا واحد ، وهو ما كان يملكه المدعى عليه الثالث قطعة واحدة يجاورها المدعيان من جهتين البحرى والغربى ، فباعها المدعى عليه الثالث للمدعى عليهما الأولين مع تعيين حصة كل منهما مفروزة فيها ، فيكون للمدعيين الحق فى أخذ العقار بتمامه بالشفعة ، كما أن لهما الحق فى أن لا يأخذا بالشفعة الا الفدان البحرى فقط ، ولكنهما ليس لهما أن يأخذا الفدان القبلى دون الفدان البحرى » .

=

٢٤٤ — تعدد البائعين — اذا تعدد البائعون على الشيوع ، وكان المشترى واحدا ، وجب تطبيق ما تقضى به المادة ١١ ، وهو عدم جواز الشفعة الا فى العقار بتمامه ، فلا يمكن استعمال حق الشفعة من أجل حصة أحد البائعين فقط (١) .

وبناء على قاعدة عدم تجزئة العقار المبيع ، اذا تعدد الشفعاء ، وسقط حق بعضهم ، جاز للبعض الآخر ممن لم يسقط حقهم أن يأخذوا كل الأعيان صفقة واحدة (٢) .

٢٤٥ — عدم التجزئة مقرر لمصلحة المشترى — لم تقرر قاعدة عدم تجزئة حق الشفعة الا لمصلحة المشترى ولا يصح أن يحتج بها الشفيع ليؤيد طلبه

= راجع أيضا استئناف مختلط ١٠ مارس ١٨٩٢ (٤ ص ١٤٢) ، أول مارس ١٩٠٠ (١١ ص ١٤٣) .

استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٢٦ (٣٨ ص ١٨٤) المحاماة ٦ رقم ٣٢١ ص ٤٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٠٨ : اذا بيعت قطعتا أرض ، احداهما وهى الكبرى للزوج ، والأخرى وهى الصغرى للزوجة ، فى يوم واحد ، وتبين أن البيع الحاصل للزوجة مقصود به فصل القطعة المبيعة للزوج عن أرض الجار لمنع الشفعة ، كان للجار الحق رغما من ذلك فى أخذ القطعتين بالشفعة ، سواء كان البيع الحاصل للزوجة بمفردها بيعا جديا أو كان بيعا صوريا مقصودا به الحيلولة بين الأرض التى اشتراها الزوج وأرض الجار ، اذ أنه حتى فى حالة ما اذا كان البيع الصادر للزوجة هو بيع جدى فان هذا لا يمنع الشفعة ، اذ أن حصول البيع لجملة أشخاص فى يوم واحد ولو بعقود مختلفة لا يمنع الجار من طلب الشفعة وفقا لحكم المادة الحادية عشرة من قانون الشفعة .

استئناف مختلط ١١ فبراير ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨٨ ص ٢٦٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٠ : اذا بيعت أرض لجملة أشخاص بعقود متفرقة فى يوم واحد ، وتسجلت فى يوم واحد ، جاز للجار أن يطلب الأرض كلها بالشفعة اذا توافرت فى الجوار الشروط التى تجعل حقه فى الشفعة ثابتا . وتجزئة الصفقة لا تمنع من استعمال حق الشفعة فى الأرض بأكملها .

(١) استئناف مختلط ٢٠ فبراير ١٩١٣ (٢٥ ص ١٩٦) .

(٢) استئناف أهلى ٢ يونيه ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الاستقلال ٣ رقم ٣٣١ ص ٢٢٤ .

استئناف مختلط ١١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٣) .

أخذ جميع الأعيان المبيعة بالشفعة مع أنه مجاور لجزء منها فقط [١] .

٢٤٦ — ويجب على الشفيع أن يطلب كل العقار المبيع ، لا جزءا منه فقط ، والا سقط حقه فى الشفعة ، وذلك حتى لو تعدد من لهم حق الشفعة ، لأن المحكمة فى هذه الحالة هى التى تعين ترتيب الشفعاء أو تحد مقدار ما يخص كلا منهم فى العقار المشفوع .

وقد حكم بأنه اذا اقتصر الشفيع على طلب جزء من العقار المبيع ، ثم عاد وطلب الشفعة فى كل العقار ، فان حقه يسقط اذا كان طلبه لم يقدم الا بعد انقضاء الميعاد الذى حدده القانون للمطالبة بالشفعة [٢] .

٢٤٧ — *تعدد العقارات المبيعة* — كل ما تقدم اذا كان العقار المبيع واحدا ، أما اذا كان المبيع عقارات متعددة فتجب التفرقة بين الحالة التى تكون فيها العقارات منفصلا بعضها عن بعض والحالة التى تكون فيها متصلة . وقد تقدم الكلام فى ذلك فى نبذة ٩٦ .

---

(١) طنطا الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة بطرس يوسف بك والقاضى محمد صدق والقاضى محمد زكى) المجموعة ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨ .

استئناف مصر الأهلية ١٢ يونيه ١٩٢٨ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٢ : ليس معنى عدم جواز تجزئة الصفقة أن يكون للشفيع حق الشفعة فى جميع الصفقة بما فيها العقار الذى لا شفعة له فيه أصلا ، وانما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك اذا شاء ، والا كان حق الشفيع مقصورا على العقار الذى له حق الشفعة فيه وحده .

استئناف مصر ٤ يونيه ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المجموعة ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ : اذا باع الشريكان عقارا ، وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة الا فى الجزء المجاور له ولا حق له بأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة ، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة انما وضع لمصلحة المشترى وليس لمصلحة الشفيع .

(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضى موافى علام) المجموعة ٢٠ رقم ٩٣ ص ١٢٣ .

الاجراءات التى تلزم مراعاتها للأخذ بالشفعة

٢٤٨ — اذا طلب الشفيع العين المبيعة ، فان سلم المشترى بحقه ثبت الملك للشفيع بالتراضى ، من غير حاجة لاتخاذ اجراءات قضائية ، والا احتاج الحال فيه الى رفع دعوى والحصول على حكم من القاضى .

وقد نص القانون على الاجراءات الواجب اتباعها فى الحالة الأخيرة . وقبل أن نبسطها نرى وجوب الكلام فى أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بها .

فى الشريعة الاسلامية

٢٤٩ — طلب الشفعة على ثلاثة أوجه :

(١) طلب مواثبة .

(٢) طلب اشهاد وتقرير .

(٣) طلب خصومة وتملك [1] .

(١) طلب المواثبة

٢٥٠ — ***المبادرة بمجرد العلم*** — طلب المواثبة هو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة بمجرد علمه بالبيع والمشترى ومقدار الثمن . فاذا علم ببعضها ، مثلا بالبيع والمشترى ، ولم يعلم بمقدار الثمن ، لا يبطل حقه فى الشفعة .

ويلزم أن يحصل الطلب بمجرد العلم بالأشياء الثلاثة المتقدمة ، وهى البيع والمشترى والثمن .

وسمى طلب المواثبة كذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » ، أى طلبها على وجه السرعة ، لأن المواثبة من الوثب ، وهو العدو الشديد . ولقوله عليه الصلاة والسلام « انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت » .

---

(١) مرشد الحيران المادة ١١٧ — المجلة المادة ١٠٢٨ .

٢٥١ — **علم الشفيع** — قد يحصل علم الشفيع بسماعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل باخبار غيره . واختلف فيما اذا كان يشترط فيه العدد والعدالة :

فقال أبو حنيفة يشترط أحد هذين ، اما العدد فى المخبر ، رجلان أو رجل وامرأتان ، واما العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، حتى لو أخبره واحد بالشفعة ، عدلا كان المخبر أو فاسقا ، بالغا أو صبيا ، ذكرا أو أنثى ، فسكت ولم يطلب على فور الخبر ، على رواية الأصل ، أو لم يطلب فى المجلس ، على رواية محمد ، بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا . وذكر الكرخى أن هذا أصح الروايتين .

فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا فى المعاملات ، وهذا من باب المعاملة ، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة .

ولأبى حنيفة أن هذا اخبار فيه معنى الالزام ، ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر ، فأشبه الشهادة ، فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة ، وهو العدد أو العدالة [١] .

ولو أخبر المشترى الشفيع بنفسه ، يجب عليه الطلب بالاجماع ، وان لم يكن المشترى عدلا ، لأن المشترى خصم ، وعدالة الخصم ليست بشرط فى الخصومات [٢] .

وان كان المخبر رجلا واحدا غير عدل ، ان صدقه الشفيع فى ذلك ثبت البيع بخبره بالاجماع ، وان كذبه فى ذلك لا يثبت البيع بخبره ، وان ظهر صدق الخبر عند أبى حنيفة ، وعندهما يثبت البيع بخبره اذا ظهر صدق الخبر [٣] .

---

(١) البدائع ٥ ص ١٧ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٧ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٣) كذا فى الذخيرة — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ .

٢٥٢ — وقت طلب المواثبة — اختلف فيما اذا كان يشترط الطلب فور العلم ، أو يكفي أن يكون في مجلس علمه بالبيع وان امتد المجلس . فعلى القول الأول شرط طلب المواثبة هو أن يكون على فور العلم بالبيع ، اذا كان قادرا عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه ، بطل حق الشفعة . ولو أخبر بكتاب ، وكانت عبارة البيع والثمن والمشترى فى أوله أو فى وسطه ، وتمادى فى القراءة الى آخر الكتاب ، سقط حقه فى الشفعة ، لأن تماديه فى القراءة دليل على اعراضه عن الأخذ بها . ولكن لو قال كلاما يدل على الأخذ لا يبطل حقه [١] .

وهذا فى رواية الأصل . ومال الى هذا القول قاضيخان فى فتاواه . وفى جواهر الفتاوى ما يؤيده حيث صرح بوجوب الطلب على الفور وان عليه الفتوى . وقال فى رد المحتار وهذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه الى عامة المشايخ . قال فى الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع [٢] .

وهو الصحيح فى مذهب أحمد ، نص عليه فى رواية أبى طالب ، قال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم . وهذا قول ابن شبرمة والبتى والأوزاعى والعنبرى والشافعى فى أحد قوليه . وحكى عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخى لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك . وهذا قول مالك وقول الشافعى ، الا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنة ، وعنه بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص . وبيان عدم الضرر أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وان

---

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ .

أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته . وحكى عن ابن أبى ليلى والثورى أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعى ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصحت حدا لهذا الخيار [١] .

وروى عن محمد أنه على المجلس كخيار القبول ، ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر ، لا تبطل شفعته ، وله أن يطلب . وذكر الكرخى أن هذا أصح الروايتين . ووجه هذه الرواية أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه ، فيحتاج الى التأمل ، ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن ، وانه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ الشفعة أو لا يتضرر فيترك ، وهذا لا يصح بدون العلم بالمبيع .

ووجه رواية الأصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الشفعة لمن واثبها . وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب . وفى بعض الروايات الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه . وفى لفظ أنه قال « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس ، اذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة [٢] .

واثباته على التراضى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها . والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه [٣] .

٢٥٣ — تطبيقات — لو أخر بيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٧٧ — ٤٧٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٧ .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٧٨ .

شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد ، لأن هذا يذكر لافتتاح الكلام تبركا به ، فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب . وكذا اذا سلم أوشمت العاطس ، لأن ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض . وكذلك اذا قال : من ابتاعها ، وبكم بيعت ، لأن الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره ، وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره ، فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضا عنه ، وهذا كله على رواية اعتبار المجلس .

فأما على رواية اعتبار الفور ، تبطل شفعته فى هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة .

وقد قالوا ولو أخبر بالبيع وهو فى الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون فى الفرض أو فى الواجب أو فى السنة أو فى النفل المطلق . فان كان فى الفرض لا تبطل شفعته ، لأن قطعها حرام ، فكان معذورا فى ترك الطلب . وكذا اذا كان فى الواجب ، لأن الواجب ملحق بالفرض فى حق العمل ، وان كان فى السنة فكذلك ، لأن هذه السنن الراتبة فى معنى الواجب ، سواء كانت السنة ركعتين أو أربعا ، كالأربع قبل الظهر ، وذكر محمد فى المخيرة اذا كانت فى صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها [١] .

٢٥٤ — والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والاشهاد ، لأنه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذى يتوثق به الطلب .

ولو وكل الغائب رجلا ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه ، لأن فى التوكيل طلبا وزيادة .

واذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التى يأتى الى حيث البائع أو المشترى أو الدار ، لا زيادة عليه ، لأن

---

(١) البدائع ٥ ص ١٨ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة [١] .

٢٥٥ — وجاء فى المغنى : متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته ، وان أخرها لعذر ، مثل أن يعلم ليلا فيؤخره الى الصبح ، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة ، أو اغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها ، لم تبطل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، الا أن يكون المشترى حاضرا عنده فى هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فان شفعته تبطل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه ، فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته ، لأنه طلب بحكم العادة . واذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته الى المشترى ، فاذا لقيه بدأ بالسلام ، لأن ذلك السنة ، وقد جاء فى حديث « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه » ، ثم يطالب . وان قال بعد السلام بارك الله لك فى صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من جملته ، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضا . وان اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته [٢] .

٢٥٦ — وان أخر الشفيع طلب المواثبة بطلت شفعته ، ولو كان جاهلا ثبوت الطلب له . قال فى الخانية رجلان ورثا أجمة ، وأحدهما لم يعلم بالميراث ، فبيعت أجمة بجنبها ، فلم يطلب الشفعة ، فلما علم أن له نصيبا طلب الشفعة فى المبيعة ، قالوا تبطل شفعته ، لأن شرط تأكد الشفعة طلب المواثبة عند العلم

---

(١) البدائع ٥ ص ١٨ .

(٢) المغنى ٥ ص ٤٧٩.

بالبيع ، فاذا لم يطلب ، والجهل ليس بعذر ، فلا تبقى له الشفعة [١] .

٢٥٧ — هل يشترط الاشهاد — الاشهاد ليس بشرط لصحة الطلب ، حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى . وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار ، لأن من الجائز أن المشترى لا يصدق الشفيع فى الطلب ، أو لا يصدق فى الفور ، ويكون القول قوله ، فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى على تقدير عدم التصديق ، لأنه شرط صحة الطلب .

واذا طلب على المواثبة فان كان هناك شهود أشهدهم وتوثق الطلب ، وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث فى طلب شهود لم تبطل شفعته ، لما تقدم من أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة ، لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور ، فبطلت الشهادة على الفور ضرورة ، وعلى رواية المجلس اذا قال وهو فى المجلس ادعوا لى شهودا أشهدهم فجاء الشهود فأشهدهم صح وتوثق الطلب لأن المجلس قائم [٢] .

٢٥٨ — كيفية الطلب — اختلفوا فى لفظ طلب المواثبة ، والصحيح أنه يصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال [٣] .

---

(١) سليم باز على المادة ١٠٣٢ من المجلة .

وقد جاء فى المغنى : وان لقيه الشفيع فى غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال انما تركت المطالبة لأطالبه فى البلد الذى فيه البيع أو المبيع أو لآخذ الشقص فى موضع الشفعة سقطت شفعته ، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة ، فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذى هو فيه. وان قال نسيت فلم أذكر المطالبة ، أو نسيت البيع ، سقطت شفعته ، لأنها خيار على الفور ، فاذا أخره نسيانا بطل كالرد بالعيب . ويحتمل ألا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر ، فاشبه ما لو تركها لعدم علمه بها . وان تركها جهلا باستحقاقه لها بطلت كالرد بالعيب (المغنى ٥ ص ٤٨٢) .

(٢) البدائع ٥ ص ١٧ — ١٨ .

(٣) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٢٩ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٢ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) طلب الاشهاد والتقرير

٢٥٩ — يجب على الشفيع ، بعد طلب المواثبة ، أن يشهد ويطلب التقرير[١] .

وانما يحتاج الى طلب المواثبة ثم الى طلب الاشهاد بعده اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة ، بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار . أما اذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاثة ، وأشهد على ذلك ، فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين[٢] .

٢٦٠ — **كيفية الطلب** — المبيع اما أن يكون فى يد البائع ، واما أن يكون فى يد المشترى :

فان كان فى يد البائع ، فالشفيع بالخيار ، ان شاء طلب من البائع ، وان شاء طلب من المشترى ، وان شاء طلب عند الدار . أما الطلب من البائع والمشترى فلأن كل واحد منهما خصم ، البائع باليد ، والمشترى بالملك ، فكان كل واحد منهما خصما ، فصح الطلب من كل واحد منهما . وأما الطلب عند الدار فلأن الحق متعلق بها . فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته ، لأنه فرط فى الطلب .

وان كان فى يد المشترى فان شاء طلب من المشترى وان شاء عند الدار ، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له ،

---

(١) المجلة المادة ١٠٣٠ .

(٢) كذا فى خزانة المفتين — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ — الزيلعى ٥ ص ٢٤٤ . وقد جاء فى المادة ١١٩ من مرشد الحيران : « طلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع ، ان كان العقار المبيع فى يده ، أو على المشترى ، وان لم يكن العقار فى يده ، أو عند المبيع ، بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن . والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه . فان تمكن بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته ، وأن لم يتمكن منه فلا تسقط . وان أشهد الشفيع فى طلب المواثبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الاشهاد ، فقام مقام الطلبين » .

فصار بمنزلة الأجنبي . ولو لم يطلب من المشترى ، ولا عند الدار ، وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد ، بطلت شفعته ، لوجود دليل الاعراض ، وفى الحقيقة لوجود دليل الرضا .

ولو تعاقد البائع والمشترى فى غير الموضع الذى فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ، ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه ، لأن الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد . فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب .

هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشترى أو البائع أو عند الدار . فأما اذا كان هناك حائل ، بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع ، لا تبطل شفعته بترك المواثبة الى أن يزول الحائل [١] .

٢٦١ — وقد اختلفت عبارات المشايخ فى صورة الطلب . فعن محمد بن مقاتل الرازى أن الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها .

وعن محمد بن سلمة أنه يقول طلبت الشفعة فحسب .

وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى أنه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب ، بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب ، أى لفظ كان ، يكفى ، نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب ، وهو الصحيح ، لأن الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه ، سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره [٢] .

وعن أبى يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، لأن مطالبة غير معلوم لا تصح ، فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع ، فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب [٣] .

---

(١) البدائع ٥ ص ١٨ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٩ .

(٣) الزيلعى ٥ ص ٢٤٤ .

وقد جاء فى المادة ١٠٣٠ من المجلة : « على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير والاشهاد . وهو أن يقول فى حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع ان فلانا قد اشترى هذا العقار ، أو عند المشترى أنت قد اشتريت العقار الفلانى ، أو عند البائع ان كان العقار موجودا فى يده أنت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة ، وكنت طلبت الشفعة والآن أطلبها اشهدا . وان كان الشفيع فى محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بنفسه على هذا الوجه يوكل آخر ، وان لم يجد وكيلا أرسل مكتوبا » .

٢٦٢ — مدة طلب التقرير والاشهاد — ليس لطلب التقرير والاشهاد مدة معلومة ، بل مدته مقدرة بمدة التمكن من الاشهاد . وفى المنح اذا كان الشفيع فى طريق مكة ، فطلب طلب المواثبة ، وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار أو عند صاحب اليد ، يوكل وكيلا ان وجد ، فان لم يجد يرسل رسولا أو كتابا ، فان لم يجد فهو على شفعته ، فاذا حضر طلب ، وان وجد ولم يفعل بطلت شفعته . وفى الهندية الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح [1] .

٢٦٣ — هل يشترط الاشهاد على الطلب؟ — الاشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة ، وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار ، كما فى الطلب الأول . وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد فى ظاهر الرواية . وروى عن أبى يوسف أنه شرط ، لأن الطلب لا يصح الا بعد العلم ، والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ، فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه [2] .

---

(١) شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٣٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٨ — راجع أيضا نبذة ٢٦١ .

(٣) طلب الخصومة والتملك(١)

٢٦٤ — طلب الخصومة والتملك هو أن يطلب ويدعى الشفيع فى حضور القاضى بعد طلب التقرير والاشهاد (٢)، فهو المرافعة الى القاضى ليقضى له بالشفعة (٣).

٢٦٥ — **ميعاده** — رأى الامام أبى حنيفة عدم التقيد بمدة معينة. فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالأخذ بالشفعة أبدا حتى يسقطها بلسانه. وهذه هى أيضا احدى الروايتين عن أبى يوسف. وهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى. كذا فى الهداية (٤). وفى رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتا، وروى عنه أنه قدره بما يراه القاضى. وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد طلب التقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته، وان أخره بعذر مقبول، ككونه فى ديار أخرى أو لحبس أو جنون فلا تسقط. والفتوى على قولهما، كذا فى محيط السرخسى (٥). وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (٦).

ووجه قول محمد وزفر أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره، وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبدا اضرار بالمشترى، لأنه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع، فيتضرر به، فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به، فقدر

---

(١) وسماه بعضهم طلب الأخذ والتملك (الزيلعى ٥ ص ٢٤٤)، أو طلب الخصومة، أو طلب الاستحقاق (حاشية الشلبى على الزيلعى ٥ ص ٢٤٤).

(٢) المجلة المادة ١٠٣١ — مرشد الحيران المادة ١٢٠.

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣.

(٤) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣.

(٥) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣.

(٦) البدائع ٥ ص ١٩.

وفى رواية عن محمد أنه قدره بثلاثة أيام، لأن هذه المدة هى التى ضربت لابداء الأعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء (الزيلعى ٥ ص ٢٤٤).

بالشهر لأنه أدنى الآجال ، فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفعته .

ووجه قول أبى حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين ، والأصل أن الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد ، لأن تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون . وقوله يتضرر المشترى ممنوع ، فانه اذا علم أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقض والقلع ، فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه ، فلا يضاف ذلك الى الأخذ بالشفعة ، ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ، ولا يقال ان فيه ضررا بالمشترى بالامتناع من البناء والغرس لما تقدم كذا هذا [١] .

٢٦٦ — **كيفية الطلب** — الخصم للشفيع هو المشترى وحده اذا حصل تسليم المبيع اليه ، وقبل التسليم يكون خصمه كل من المشترى والبائع (المشترى لأنه هو المالك والبائع لكونه واضع اليد) [٢] . فاذا كان المبيع فى يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى [٣] .

وصورة هذا الطلب ، كما جاء فى شرح المجلة لسليم باز على المادة ١٠٣١ ، أن يقول الشفيع اشترى فلان دار كذا وأنا شفيعها بسبب كذا فمره يسلم الدار الى ، وهذا لو كان قد قبضها المشترى ، أما لو كانت فى يد البائع فيطلب أن يأمر البائع بتسليمها ، غير أنه يشترط حينئذ حضور المشترى فى الدعوى (تنوير) ،

---

(١) البدائع ٥ ص ١٩ .

وقد جاء فى المادة ١٢٠ من مرشد الحيران : طلب التملك هو طلب المخاصمة والمرافعة عند القاضى ، فاذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهرا واحدا بلا عذر بطلت شفعته ، وان أخره بعذر مقبول فلا تسقط .

راجع أيضا المادة ١٠٣٤ من المجلة .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٢ .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٢٣ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

وان كان المشترى قد أدى الثمن الى البائع فيقضى بالثمن للمشترى والعهدة عليه، والا فيقضى به للبائع والعهدة عليه (هندية) . والمراد بالعهدة حقوق العقد كضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم (طحطاوى) . وان اشترى الوكيل بالشراء والعقار باق فى يده فهو الخصم فى الدعوى ، لأن حقوق العقد له والتسليم بالشفعة منها ، ولكنه يشترط حضور المشترى فيقضى بتسليم المشفوع على الوكيل و بدفع الثمن له (مجمع الأنهر) [١] .

واذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى سأل القاضى المدعى عليه ، وهو المشترى ، عن الدار التى يشفع بها الشفيع ، هل هى ملك الشفيع أم لا ، فان أقر بأنها ملكه ، أو أنكر ونكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه ، سأل القاضى المشترى عن الشراء ، فيقول له هل اشتريت أم لا ، فان أقر بأنه اشترى، أو نكل عن اليمين، أو أقام الشفيع بينة ، قضى بالشفعة لثبوته عنده [٢] .

فى القانون

٢٦٧ — قد رأينا فيما سبق أنه فضلا عما فى حق الشفعة من مخالفة جسيمة لمبدأ حرية التعاقد ، فانه ينجم عنه مضار كثيرة . فحق ملكية المشترى يخضع لحالة عدم استقرار قد تدوم طويلا . ولذلك كان على الشارع أن يتدخل لينقص المدة التى قد تستغرقها هذه الحالة الى أقل حد ممكن . وقد ألزم القانون الشفعاء بابداء رغبتهم فى استعمال حقهم فى مدة محدودة ، كما فى الشريعة . وأجاز للمشترى أن يدعو من له الشفعة ليبدى رأيه فى المدة المحدودة . وقصر لحد كبير الاجراءات ، مقررا وجوب نظر دعوى الشفعة على وجه السرعة ، وأورد مواعيد يسقط بانقضائها حق الشفيع .

وهناك أشخاص قد يتعاملون مع المشترى ، كالدائنين المرتهنين ، ومن تتقرر لهم حقوق عينية على العقار المشفوع ، ومن يحوزون العقار من المشترى ،

(١) راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٣ .

(٢) الزيلعى ٥ ص٢٤٤ — ٢٤٥ .

بمقابل أو بغير مقابل ، وقد جاء الشارع بأحكام خاصة بهم ، فقرر قانون الشفعة تسجيل اعلان الرغبة ، كما قرر تسجيل حكم الشفعة ، مرتبا على ذلك بعض الأحكام .

على أنه ليس من الضرورى اتخاذ الاجراءات المقررة للشفعة ، فقد يحصل الشفيع على حقه بالاتفاق مع المشفوع منه والبائع . وحتى بعد أن يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة يمكنه الوصول الى حقه بالتراضى .

وسنتكلم تفصيلا فيما يلى فى الاجراءات التى يحتمها قانون الشفعة .

٢٦٨ — بمقتضى قانون الشفعة يجب على الشفيع مراعاة ما يأتى :

أولا — اعلان رغبته فى الشفعة .

ثانيا — رفع الدعوى .

أولا — اعلان رغبة الشفيع

٢٦٩ — نصت المادة ١٤ من قانون الشفعة على أنه :

« يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا .

ولأجل أن يكون هذا الاعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار .

واذا كانت الشفعة بين وطنيين يكتفى باجراء هذا التسجيل بقلم كتاب

« Celui qui voudra exercer le droit de préemption devra en faire la déclaration par un acte d'huissier signifié tant au vendeur qu'à l'acheteur. Cet acte contiendra l'offre du prix et de ses légitimes accessoires.

Pour produire ses effets au regard des tiers, cet acte devra être transcrit au bureau des hypothèques du tribunal mixte de la situation des biens.

S'il s'agit d'une affaire entre indigènes, il suffira que la dite transcription se fasse

المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة . وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منـه الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العـقار لتجرى تسجيله من تلقاء نفسها . ولا يكون هذا الاعلان حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل الأخير .

ونصوص هذه المـادة المختصـة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها » .

au greffe du tribunal indigène de première instance de la situation de l'immeuble à préempter; mais ce tribunal devra en transmettre copie au bureau hypothécaire du tribunal mixte de la situation de l'immeuble pour y être transcrite d'office. C'est à partir de cette dernière transcription seulement que la déclaration produira ses effets au regard des tiers de nationalité étrangère.

Les dispositions du présent article, relatives à la transcription de la déclaration et à ses effets, seront applicables à la transcription du jugement de préemption prévu à l'article 18 ci-après ».

وجاء فى المادة ١٩ أن حق الشفعة يسقط :

«... ثانيـا — اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمـه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميـا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى .

ويزاد على المدة عند الاقتضـاء ميعاد المسافة » .

« 2° Si la personne ayant le droit de préemption n'a pas déclaré son intention de l'exercer dans les quinze jours à partir du moment où elle a eu connaissance de la vente ou de la date de la mise en demeure qui lui aurait été signifiée, soit par le vendeur, soit par l'acquéreur.

Ce délai de quinze jours sera augmenté du délai de distance, s'il y a lieu ».

فبمقتضى النصوص المتقدمة يجب مراعاة الشروط الآتية فى اعلان الرغبة :

(١) اعلان طلب الشفيع كتابة على يد محضر .

(٢) اعلان البائع والمشترى .
(٣) عرض الثمن وملحقاته .
(٤) أن يكون الاعلان فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع .

(١) الاعلان كتابة على يد محضر

٢٧٠ — نصت المادة ١٤ على أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر .

ولكن المادة لم تنص على حكم عدم مراعاة ذلك . وقد اختلف الشراح ، وكذلك الأحكام .

٢٧١ — **رأى الشراح** — يرى فتحى زغلول باشا أنه يجوز أن يكون الاعلان غير رسمى ، ولو بخطاب فى البريد ، والأولى أن يكون الاعلان رسميا ، لما فى اتباع غير هذه الطريقة من مشاق الاثبات [١] .

وهذا هو رأى دى هلتس أيضا [٢] .

وهو رأى الأستاذ عبد السلام ذهنى بك ، الذى يقرر « ان تشدد القانون فى جعل اظهار الرغبة على يد محضر تشدد لا مبرر له ، وربما لاحظ هذا التشدد تفاديا من صعوبة أو استحالة الاثبات عند النزاع فى حصول اظهار الرغبة ، وما دام أن الشارع لم يقرر جزاء لشرط حصول الرغبة على يد محضر ، وهو البطلان ، فاذا حصل بواسطة خطاب أو اشارة بريدية ، صح اظهار الرغبة [٣] » .

ويرى عكس هذا الرأى مسيو فورجير [٤] .

وكذلك زكى العرابى (باشا) ، اذ يقول : ويظهر من عبارة المادة أنه لا يجوز اثبات ابداء الطلب فى الميعاد المقرر الا بطريق الاعلان على يد محضر .

---

(١) ص ٩٢ — ٩٣ .
(٢) نبذة ١١٨ .
(٣) « فى الأموال » نبذة ٥٤٠ .
(٤) ص ٣٢١ .

ولا يجوز اثبات ذلك بالبينة مهما قلت قيمة العقار المشفوع عن ألف قرش [١] » .

٢٧٢ – **رأى الأحكام** – قررت محكمة أسيوط الابتدائية أن الشارع لم ينص على البطلان أو سقوط الحق فى حالة عدم قيام الشفيع بالاجراء المنصوص عليه بالمادة الرابعة عشرة من قانون الشفعة ، كما فعل ذلك فى المادتين الخامسة عشرة والتاسعة عشرة [٢] .

وبذلك حكمت أيضا محكمة الاستئناف الأهلية [٣] مقررة أنه لا يترتب على اعلان الرغبة للبائع أى بطلان .

وقررت محكمة الاسكندرية الابتدائية أن الفقرة الثانية من المادة ١٩ من دكريتو الشفعة لم تنص على كيفية اظهار الرغبة ولا على الأشخاص الذين يجب أن يخطروا ، لذلك كان من التعسف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح ، والقول بأن الخروج عنها يترتب عليه سقوط حق الشفيع ، بل يتحتم أمام النص الصريح للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول بصحة اجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية ، كخطاب ، وسواء أخطر بهذه الرغبة البائع أو المشترى [٤] .

---

(١) نبذة ٩٨ ص ٦٠ .

(٢) أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧١٩ .

(٣) استئناف ٧ مارس ١٩٢٩ (دائرة محمد فهمى حسين بك واتربى أبو العز بك ومحمود المرجوشى بك) المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص ٥١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٧ مجموعة ناصر ٤٧٤٦ .

(٤) الاسكندرية الكلية ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة القضاة عبد الحميد عمر وشاحى ومحمد صادق وعبد العزيز محمد) المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص ٥٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ مجموعة ناصر ٤٧٤٥ . وجاء فى أسباب الحكم :

وحيث ان الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة من قانون الشفعة تنص على أن حق الشفيع يسقط « اذا لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع » ، ولم يرد بها كيفية اظهار الرغبة ولا الأشخاص الذين يجب أن يخطروا بها ، لذلك كان من —

وقضت بعض الأحكام المختلطة بأنه يكفى أن يكون الاعلان بخطاب فى البريد ، وخصوصا اذا حصل الاخطار الى الشفيع عن البيع بهذه الكيفية ، وليس للقاضى أن يقضى بالبطلان ، لأن البطلان الخاص بالشكل وسقوط الحق déchéance لا يمكن أن يقرر الا بموجب نص صريح فى القانون (١) .

ولكن حكما آخر مختلطا قرر أن الخطاب لا يقوم مقام الاعلان على يد محضر (٢) .

وقررت محكمة طنطا الابتدائية (٣) أن المادة ١٤ من قانون الشفعة فرضت على الشفيع ، بطريق الالزام ، أن يعلن البائع والمشترى طلبه الأخذ بالشفعة كتابة على يد محضر . ومتى كان جميع الخصوم فى الدعوى وطنيين ، فالأصل أن تكون أوراق المحضرين التى يعلنها بعضهم الى بعض حاصلة على يد محضرين خاضعين لأحكام المحاكم الأهلية ، ومحررة باللغة العربية التى هى اللغة الرسمية للبلاد فى حق الوطنيين ، وأنه ان أمكن التجاوز عن القيد الأول ، والقول بصحة

ـــ التعسف فرض قيود وتكاليف لم يحوها نص المادة الصريح ، والقول بأن الخروج عنها يترتب عليه سقوط حق الشفيع ، بل يتحتم أمام النص الطليق للفقرة الثانية من المادة ١٩ القول باجراء اظهار الرغبة حتى لو كان بورقة غير رسمية كخطاب . وسيان أخطر بهذه الرغبة البائع أو المشترى ، ولا محل للادعاء بأن المادة ١٤ تحتم عرض الثمن باعلان على يد محضر لكل من البائع والمشترى ، اذ ظاهر أن هذه المادة لم تنص على جزاء اغفال هذا الاجراء . والواقع أن اغفال اجراء العرض كلية للبائع والمشترى لا يترتب عليه الا الزام الشفيع بمصاريف دعوى الشفعة اذا سلم المشفوع منه بأحقية الشفيع لها . وبمراجعة النصوص فى مادة الشفعة يتضح منها أن حق الشفيع لا يسقط بسبب تقصير فى الاجراءات الا اذا لم يظهر رغبته بأية طريقة فى بحر ١٥ يوما من علمه بالبيع أو من تكليف البائع أو المشترى بابداء هذه الرغبة ، أو عدم رفعه دعوى الشفعة على البائع والمشترى فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اظهار الرغبة ، أو على العموم قبل مضى ستة شهور من تسجيل عقد البيع .

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) — راجع أيضا ٦ فبراير ١٩١٧ (٢٩ ص ١٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٣) ١٤ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) الحقوق ٣٤ ص ٢١١ .

الاعلان الذى يصدر على يد محضر من جانب المحكمة المختلطة ، لأنه موظف مصرى ، فلا يمكن التجاوز عن القيد الثانى ، وهو أن يكون الاعلان محررا باللغة العربية أو مترجما اليها ، اذ أن ذلك واجب فى حق الوطنيين ، حتى أمام المحاكم المختلطة ، التى حتم منشور الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٦ (نمرة ٤٧ أورفانلى بند ٤١٣) ترجمة الأوراق متى كان بين الخصوم وطنيون ، وقد يكتفى بتلخيص الورقة باللغة العربية ، وتوضع الترجمة عادة على الهامش . فاعلان طلب الشفعة الذى يكون بين وطنيين اذا لم يكن مرسلا على يد أحد محضرى المحكمة الأهلية ، ومحررا باللغة العربية ، يكون لا قيمة قانونية له ، وكأنه لم يحصل .

٢٧٣ — رأينا — ونحن من الرأى الأخير ، لأن نص المادة ١٤ صريح فى وجوب أن يكون الاعلان للبائع والمشترى ، كتابة على يد محضر ، وأن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته ، فلا يكفى أن يكون بخطاب ، ولم ينص الشارع فى المادة ١٤ على البطلان اكتفاء بالمادة ١٩ التى تقول ان حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » ، واظهار الرغبة يكون كما تقضى بذلك المادة ١٤ باعلان كتابى على يد محضر للبائع والمشترى ، وأن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته . فاذا لم يحصل بهذه الكيفية فى المدة المعينة يسقط حق الشفيع فى الشفعة .

(٢) وجوب اعلان البائع والمشترى

٢٧٤ — يجب أن يعلن طلب الأخذ بالشفعة الى البائع والمشترى ، فان كان لأحدهما فقط كان باطلا [١] .

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٣ .

استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك)—

واعلان طلب آخر بعد مضى الميعاد على العلم بالبيع يعتبر متأخرا ، و يسقط حق الأخذ بالشفعة [١] .

وليس من الواجب على طالب الشفعة انذار البائع والمشترى باعلان واحد [٢] .

وقد حكم بأن البائع المقيم خارج القطر ككل بائع لا مصلحة له فى دعوى الشفعة ، فاذا أعلن الشفيع طلب الشفعة لوكيل البائع ، الذى وقع العقد نيابة عنه ، كان الاعلان كافيا لسريان المواعيد القانونية فى مادة الشفعة [٣] .

٢٧٥ — الاعلان غير لازم اذا رفعت الدعوى فى ميعاده —

ليس الاعلان واجبا اذا رفعت دعوى الشفعة فى ظرف الخمسة عشر يوما المقررة للاعلان ، لأن القانون لم ينص على بطلان دعوى الشفعة اذا لم يعمل اعلان اظهار الرغبة بورقة مستقلة ، وسابقة على اعلان دعوى الشفعة . ولا شىء بالقانون يلزم الشفيع بأن يفصل بين انذار ابداء الرغبة و بين صحيفة الدعوى ، وألا يجمع بينهما ، وأن ينتظر جميع المدة المصرح له فيها باقامة الدعوى ، بل بالعكس ترمى روحه الى الزام الشفيع بالسرعة فى التقاضى . فمن الجائز اذن الاقتصار على اظهار الرغبة فى ذات اعلان الدعوى ، أى أن الاعلان المذكور يقوم فى هذه الحالة

= المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٢ .
قارن ما تقدم نبذة ٢٧٢ .
راجع بخصوص المحل الذى يوجب القانون صحة الاعلان فيه :
استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص١٧٤ — وما سيجىء نبذة ٣٢٤ — واستئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٠٥) .

(١) استئناف ٤ مايو ١٩٢٥ (دائرة المستشارين عطية حسنى باشا وعبد العزيز محمد بك ومراد وهبة بك) المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص ٢٣ مجموعة ناصر ٤٧٢٠ .

(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٦ .

مقام طلب اظهار الرغبة ، ما دام مستكملا لجميع محتويات اعلان الرغبة ، وما دام مقدما فى الميعاد [١] .

وانما اذا أذعن المشترى ، بعد اعلان الدعوى التى جمعت بين ابداء الرغبة والتكليف بالحضور ، الى طلب الشفعة ، فهذا يغنى الشفيع عن قيد الدعوى . فان تسرع وقيدها قبل معرفة قبول المشترى وجب أن تلقى عليه مسئولية زيادة المصاريف ، اذا ثبت أن المشترى لم يكن متوقفا عن التسليم بطلبه [٢] .

(٣) عرض الثمن وملحقاته

٢٧٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا (المادة ١٤ فقرة أولى) .

٢٧٧ — **المراد من العرض** — قد اختلفت المحاكم فى تفسير المراد من

---

(١) فتحى زغلول باشا ص ٩٣ — دى هلتس ٣ نبذة ١٢٠ ص ٣٦٤ .

طنطا الابتدائية ١٦ يوليه ١٩١٠ (دائرة القضاة واصف سميكة بك ومستر ألكسندر جون ويكمن لونج وعلى عبد الرازق) الحقوق ٢٦ ص ١٦٩ المجموعة ١٢ رقم ٩ ص ١٩ مجموعة ناصر ١٣٠٨ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ المحاكم ٢٩ ص ٦٩٣٠ الحقوق ٣٣ ص ١٨٠ مجموعة ناصر ١٣٠٩ .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ (دائرة على زكى العرابى بك وعفيفى عفت بك والقاضى عبد الفتاح البشرى) المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص ٤٠٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٦ مجموعة ناصر ٤٧٤٧ .

أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٤٨ .

استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ص٢٧٥) ، ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ص٢٥٧)، ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ١٦ يوليه ١٩١٠ المتقدم .

مصر الابتدائية ٢٦ ديسمبر ١٩٢٨ المتقدم .

« العرض » الواجب القيام به فى اعلان الشفعة . فمنها من رأى وجوب العرض الحقيقى . ومنها من رأى الاكتفاء بالعرض البسيط . وأصدرت محكمة الاستئناف الأهلية أحكاما متباينة فى هذه المسئلة . وطرح هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا . واستقرت الأحكام على ذلك .

وكذلك اختلف الشراح فى المراد من العرض . فمن رأى عبد السلام ذهنى بك[١] وزكى العرابى (باشا)[٢] وجوب العرض الحقيقى . ونحن نرى مع دى هلتس[٣] وفورجير[٤] وفتحى زغلول باشا[٥] الاكتفاء بالعرض البسيط .

٢٧٨ — الرأى الأول — وجوب عرض الثمن عرضا حقيقيا[٦] — بنى

(١) « فى الأموال » نبذة ٥٤٤ ص ٧٥٩ — ٧٦٤ .

(٢) نبذة ٩٥ ص ٥٦ .

(٣) نبذة ١٢٢ .

(٤) ص ٣٢٢ .

(٥) ص ٩٣ .

(٦) من هذا الرأى :

طنطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة محمد صالح بك وحفنى ناصف بك والقاضى أحمد زكى سرور) الحقوق ١٩ ص ٩٨ .

استئناف أهلى ٢٨ مايو ١٩١١ (دائرة محمد صدقى بك ومحمد توفيق رفعت بك ومستر كالوينى) المجموعة ١٢ رقم ٢٣ ص ٢٤٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٢ ، المحاكم ٢٣ ص ٥٠٢٣ . وقد أيد هذا الحكم حكم الزقازيق ١٦ أغسطس ١٩١٠ (دائرة القضاة حافظ لطفى وعبد الله الطوير بك واسكندر حلمى) المنشور فى المجموعة مع حكم الاستئناف .

استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ (دائرة أحمد ذوالفقار بك ومستر مارشال وأمين على بك) المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢١٩ .

استئناف ٢٨ ابريل ١٩١٢ (دائرة محمد صدقى بك وعبد الحميد رضا بك ومستر برسيفال)=

هذا الرأى على الأوجه الآتية :

(١) أنه هو الأكثر انطباقا على غرض الشارع فى وضع قانون الشفعة ، والأكثر ملاءمة لخطة التضييق التى تقضاها فيه ضد الشفعاء ، حتى يثبت هؤلاء بالعرض الحقيقى أنهم مجدون فى طلبهم ، وأنهم لا يريدون مجرد معاكسة المشترى ومشاغلته أو مجرد المتاجرة بهذا الحق (١) .

(٢) ان لم يكن العرض المشار اليه فى قانون الشفعة هو العرض الحقيقى فلا يخلو الأمر فيه من أحد معنيين : الأول أن يكون بمعنى الايجاب فى العقود ، ويغنى عنه فى هذه الحالة اعلان طلب الشفعة ، هذا فضلا عن أن الشفعة عند ما تكون بطريق التقاضى ليست عقدا ، لأنها تملك مال بغير اذن مالكه . والثانى أن

= المجموعة ١٣ رقم ١٠٨ ص ٢٢١ .

استئناف ٢١ ابريل ١٩١٣ (دائرة مستر دلبراغلو ومحمد توفيق نسيم بك وأحمد راغب بدر بك) الشرائع ١ رقم ٤٢ ص ٢٨ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هيل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ المحاكم ٣٠ ص ٧٠٣٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر كالويني وعبد الرحمن رضا بك) الحقوق ٣٥ ص ١١٥ رقم ٤٧ .

طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جمال الدين أباظة وأحمد فائق بك) المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٠ .

استئناف ١٨ فبراير ١٩٢٠ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر مارشال ومحمد ابراهيم بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٦ ص ١٦٩ .

طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وخليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥١ .

استئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالويني وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٦ .

العرابى (باشا) ص ٩٤ .

(١) أحكام ٨ مايو ١٩١٨ و٢٤ ابريل ١٩١٢ ، ٢٨ مايو ١٩١١ المتقدمة .

يكون بمعنى الاستعداد لدفع الثمن ، ولا وجه لهذا التأويل ، لأن الاستعداد لدفع الثمن مقدر من طبيعة الشفعة ، فليس وجوده أو انقطاعه معلقا على ما يبدى الشفيع . وفوق ذلك فان العرض بهـذا المعنى ليس من الأوضاع القـانونية ، اذ ليس فى القانون المصرى كله ، ولا فى القـانون الفرنسى أو الشريعة الاسلامية ، اصطلاح قانونى اسمه العرض بمعنى الاستعداد ، والقول بأنه كذلك فى قانون الشفعة مصادرة على المطلوب [١] .

وعلاوة على ما تقدم فان تأويل العرض المذكور فى المـادة ١٤ من قانون الشفعة باظهار مجرد الاستعداد لدفع الثمن ، مع ما فيه من اخراج اللفظ عن معناه ، هو توسع لا ينطبق على قصد الشارع ، اذ هو لم يضع القانون الجديد للشفعة الا لتضييق نطاق حق الشفعة بفرض تـكاليف على طالبها لم تـكن مقررة من قبل . فلا يعقل أن ينطبق القانون القديم على ما يفيد وجوب دفع الثمن و يكتفى القانون الجديد بمجرد القول بالاستعداد لدفعه ، وربما عند المخاصمة والمرافعة والتحقيقات لا يوجد الثمن عند المحـكوم له بالشفعة لسبب ما ، أو يتراخى فى تنفيذ الحـكم ، فيتعطل المشترى الأصلى عن العمل و يضعف حق تصرفه وانتفاعه بالعين المشتراة أو بالثمن فيضطر لاتخاذ اجراآت كان فى غنى عنها لو قام طالب الشفعة بعرض ثمن ما يطلب الحـكم له بامتلاكه ، ولا ضرر فى هذا العرض على الشفيع ما دام معتقدا صحة دعواه ، وخصوصا أن القانون قد فرض الحـكم فى قضايا الشفعة بوجه الاستعجال وقلل مواعيد الاجراآت وطرق الطعن فيها [٢] .

(٣) أن وجوب العرض الحقيقى ظاهر من حكمة الشفعة وطبيعتها ، ومن نصوص دكريتو ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، فان الشفعة اذا كانت بقضاء القاضى نزع للـكية المشترى جبرا عنه ، فان كان الحـكم بالشفعة لا يسقط الا بعد خمس عشرة سنة ، وكان لا بد لزوال أثره من التقادم أو من دعوى جديدة بفسخ البيع

---

(١) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ٧ مايو ١٩٠٤ المتقدم .

لعدم دفع الثمن اذا لم يقم الشفيع بدفع الثمن وقت صدور الحكم ، فان هذا يجعل الشفعة نقضا شديدا لحرية التعاقد والملك ، لأن يد الشفيع بعد الحكم بالشفعة لا تبيح له حرية استعمال العقار المشفوع فيه أو التصرف فيه ، ثم هو لم يجن ذنبا فى اعتراض الشفيع له ومركزه فى الشفعة سلبى محض ، فكيف يكلف الانتظار أو المخاصمة ان أراد أن تستقر يده ويطمئن على ملكه ، فطبيعى اذن أن يكلف الشارع الشفيع عرض الثمن عرضا حقيقيا ، فاذا لم يقبله المشترى بادىء الرأى وانتظر حتى صدر القضاء بالزامه كان آمنا أن يخرج من الصفقة لا له ولا عليه ، ويزداد هذا جلاء بمراجعة المادتين ٨ و ١٧ من دكريتو نزع الملكية للمنافع العمومية والمادة ١٣ من دكريتو الشفعة ، فان نزع الملكية بالشراء سواء أكان للشفعة أم للمنافع العمومية يجب أن تستوفى اجراءاته ، وتنقطع آثاره بمجرد الحكم فيه نهائيا ، وذلك بالتحقق من وجود قيمة الملك المنزوع تحت يد من نزع ملكه وعدم الجائه الى المخاصمة بها ، والمادة ١٣ تكملة لقطع ذيول الشفعة حتى لا يحتاج البائع الى مقاضاة الشفيع بباقى الثمن فى الأجل الذى منحه المشترى ، فهى والمادة ١٤ ترميان الى غرض واحد [١] .

(٤) أن قانون الشفعة لم يقل « عرضا حقيقيا » ، لأن العرض لا يحتمل أن يكون مجازيا ، بل ان مراد القانون بكلمة « عرض » العرض الحقيقى المصحوب بالايداع على ذمة المعروض عليه ليتدبر فى صرفه وفض النزاع اذا رأى حجة لهذا العرض ، لا سيما أن ظروف الشفعة وأحوالها تؤيد هذا الاستنتاج [٢] .

وليس هناك أهمية عظمى لعدم استعمال الشارع لفظة « حقيقى » ، لأن الشارع قد استعمل فى القانون المدنى لفظة « عطاء » بدون أن يضيف اليها

---

(١) حكم طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٢) أحكام طنطا ٧ مايو ١٩٠٤ واستئناف ٢١ فبراير ١٩٢٢ واستئناف ٥ فبراير ١٩٢٢ المتقدمة .

لفظة « حقيق » ، ورغما من ذلك فان التشريع يقضى بأن يكون العطاء حقيقيا [(١)] .

ولم يثبت أن الشارع يعرف نوعا آخر من العرض كما تقدم . والاحتجاج بالمادة ١٧٥ من القانون المدنى فى غير محله ، لأن تفصيل شكل العرض جاء من أن المادة سيقت لبيان حكمه من الابراء ، أما المادة ١٤ فحاجة التحرير لا تقضى لزوما بتفصيل شكل العرض [(٢)] .

(٥) أن وجوب دفع الثمن أو عدمه قبل القضاء أمر اختلف فيه أئمة الشرع الشريف ، وقد جاء فى قول محمد صاحب الامام الأعظم ما نصه : لا يقضى حتى يحضر الثمن لأن الشفيع عساه يكون مفلسا [(٣)] ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

(٦) أن الاعتراض بأن دفع الثمن ربما يستوجب حبس مبالغ جسيمة بدون فائدة لصاحبها مدة النزاع ليس بوجيه ، لأن المشترى فى استطاعته اجتناب هذا الضرر بقبول الثمن المعروض له بحسب ما هو وارد فى عقد مشتراه ، كما أن للشفيع الحق ، بعد القضاء له ، فى طلب ريع العقار المشفوع فيه من يوم المطالبة [(٤)] ، وقد نص فوق ذلك على أن الشفعة يقضى فيها على وجه السرعة ، ولم يجز القانون المعارضة فى أحكام الشفعة الغيابية ، فدل على أنه أراد أن يكون الضرر من ايداع المبلغ على أقل ما يمكن أن يكون [(٥)] .

(٧) أن وصف الشفيع بأنه مشتر محتمل ، وأنه لا يصبح مشتريا حقيقة

---

(١) استئناف ٢٨ مايو ١٩١٩ المتقدم .

(٢) حكم طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٣) جزء ٥ من حاشيه ابن عابدين فى باب طلب الشفعة ص ١٤٩ . استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ ، ١٨ فبراير ١٩٢٠ .

(٤) استئناف ٢٤ ابريل ١٩١٢ .

(٥) طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ .

الا فى يوم القضاء بالشفعة ، فلا يصح الزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، وصف غير صحيح . أما أنه قد لا يصبح مشتريا لها فذلك ما لا تأثير له فى ايجاب الدفع ما دام عدم الشراء ليس من جانبه ، وما دام لا يجوز له من جهة أخرى الرجوع فى طلبه الشفعة اذا قبلها المشترى . وأما أنه مشتر تطبق عليه قواعد البيع فلا وجه له لأن الشفعة نزع للملكية وان أشبهت البيع ، ولهذا وضعت لها قواعد خاصة ، والا اكتفى الشارع بقواعد البيع [١] .

٢٧٩ — وقررت محكمة أسيوط الابتدائية ، أنه مع الأخذ بالرأى القائل بوجوب العرض الحقيقى ، اذا كان عقد البيع المترتب عليه حق الشفعة مطعونا فيه بالتزوير جاز للشفيع ايداع الثمن فى خزانة المحكمة دون أن يعرضه على المشترى وحتى يفصل فى دعوى التزوير ، ولا يطلب من الشفيع أن يصرح للمشترى بقبض الثمن فورا مع وجود شكوى مرفوعة للنيابة عن تزوير عقد البيع كما هو محتمل من أن تحقيق هذه الشكوى يؤدى الى ثبوت التزوير والى تعريض الثمن للضياع ان كان المشترى غير ملىء [٢] .

٢٨٠ — **ايداع الثمن** — يرى بعض المحاكم أن العرض الحقيقى صحيح ولو لم يقترن بايداع الثمن بادىء بدء ، لأن الايداع ليس شرطا لصحة العرض الا بالنسبة لبراءة الذمة من الدين المتعلق بها قطعا للفوائد ومنعا لاستحقاقها . وليس ثمن العين المشفوع فيها من ذلك فى شىء ، وهو لا يترتب فى ذمة طالب الشفعة الا بالحكم له بها [٣] .

---

(١) طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ .

(٢) اسيوط الابتدائية ٢٥ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٣ .

(٣) بنى سويف استئنافى (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان الفندى وعلى سرى) ٣٠ مايو ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٨٥ ص ٢٧١ .

وعلى ذلك عدم ايداع الثمن بخزانة المحكمة لا يجعل العرض باطلا [١] ، لعدم النص على البطلان ، وانما يترتب عليه الزام الشفيع بفوائد الثمن من تاريخ العرض حتى الايداع [٢] .

ويرى بعض آخر أنه لا بد من الايداع بعد العرض الحقيقي [٣] .

٢٨١ — الرأى الثانى — العرض الحقيقى ليس بلازم [٤] — يقرر

(١) استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢١٤) .

(٢) طنطا الابتدائية ١٧ مايو ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وخليل عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٦٢ ص ٣٤٠ . مجموعة ناصر ١٢٥٠ .

(٣) استئناف مصر ٥ فبراير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ مجموعة ناصر ١٢٥٢ .

ومن هذا الرأى أيضا عبد السلام ذهنى بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٥٤٥ ص ٧٦٤ .

(٤) من هذا الرأى :

استئناف أهلى ٢ ديسمبر ١٨٩٩ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ويلمور ويوسف شوقى بك) المجموعة ٢ ص ١٤٢ .

استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحيي ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ .

استئناف ١٥ مايو ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد زيور بك وأحمد طلعت بك) الاستقلال ٤ ص ٤٥٤ .

استئناف ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ .

استئناف ٤ يونيه ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألستون ومستر سانو) المحاكم ١٧ رقم ١٤٨ ص ٣٧٠٩ الاستقلال ٥ ص ٣٧١ .

طنطا الابتدائية ١٠ يونيه ١٩٠٧ (دائرة بوغوص أجوبيان باشا وابراهيم فريد بك والقاضى محمود على سرور) المحاكم ٢٠ رقم ٤٤ ص ٤١٩٢ .

استئناف ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٦٧ .

هذا الرأى أن المطلوب هو اشتمال اعلان الطلب على ذكر الثمن.. وتفسير العرض هنا بايراد الثمن وتقديمه هو خروج عن حدود النص وتحميل له بما لا يحتمل . فيكفى أن يظهر الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته .

وقد ارتكن أصحاب هذا الرأى على ما يأتى :

(١) أن الشفيع مشتر محتمل Acheteur éventuel ، يقره القضاء على حقه فى أخذ الصفقة أو لا يقره ، فهو لا يصبح مشتريا حقيقة الا من يوم حكم القضاء ، فلا محل اذن حتى من الوجهة التشريعية لالزامه بأن يدفع مقدما ثمن عين قد لا يصبح مشتريا لها ، بدعوى أنه قد يكون مفلسا (كما يقرر أصحاب الرأي الأول) ، وان المشترى له حق حبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن والمصاريف ، وله أيضا أن يطلب من القضاء تحديد مدة لدفع الثمن والا سقط حق الشفعة [١] .

(٢) أنه وان كان حق الشفعة حقا استثنائيا حقيقة الا أنه مقرر فى القانون، وقد أحاطه الشارع بقيود وشروط مخصوصة رأى فيها الكفاية لصيانة الحقوق ،

= طنطا الابتدائية ٢١ اكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد بك وحسن رفعت وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ٨ ص ٢٧ .

استئناف ١٦ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومصطفى فتحى بك ويوسف سليمان بك) المجموعة ٢١ رقم ١٠٥ ص ١٦٧ الحقوق ٣٦ رقم ٥٢ ص ٣ .

الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفبر ١٩٢٠ (دائرة ديمترى مقار بك وعبد الرحمن ابراهيم بك وأحمد فائق بك) المجموعة ٢٢ رقم ١١٥ ص ١٨٦ المحاماة ١ رقم ٧٨ ص ٤٠٥ الحقوق ٣٧ رقم ٤٦ ص ١٢١ .

استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٨٩٧ (٩ ص ٢٣٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) ، ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠٠) ، ٦ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨١) ، ١٧ ابريل ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٣١) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ ، (١٧ ص ٣١٦) ، ٢ مايو ١٩٠٧ (١٩ص٢٣٥) ، ٢ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٤٥) ، ٢١ مايو ١٩٠٨) ، ٢٠ ص٢٤٤) ، ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) ، ١٨ مايو ١٩٢٦ (٣٨ ص٤١٤) .

(١) طنطا الابتدائية ٢١ اكتوبر ١٩١٧ .

وليس من مهمة القاضى أن يزيد هذه القيود تضييقا [١] .

(٣) أنه وان كانت الشفعة مستمدة من الشريعة الغراء الا أن الشارع المصرى وضع لها نظاما خاصا ، فلا محل اذن للرجوع الى الشريعة لتفسير هذا النظام . على أن مأخذ الشفعة هو مذهب أبى حنيفة ، والقول الراجح فيه عدم تكليف الشفيع احضار الثمن قبل القضاء له بالشفعة [٢] ، ولم يقل بغير ذلك الا الامام محمد من أصحاب الامام أبى حنيفة ، وقوله مرجوح بدليل اتفاق الفقهاء على أن للمشترى المشفوع منه الحق فى حبس العين حتى يدفع الشفيع الثمن المقضى به ، وهذا صريح فى عدم الزام الشفيع باحضار الثمن قبل القضاء ، والا ما احتيج لحبس العين حتى يدفع الثمن المقضى به [٣] .

(٤) لو أراد الشارع بالعرض اظهار الثمن وتقديمه للمعروض عليه لقال بدل « ويكون هذا الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته » : « ويكون هذا الاعلان مقرونا بعرض الثمن وملحقاته » .

ولا يقال ان الشارع لا يعرف عرضا آخر يتكلم فيه غير العرض الحقيقى ، لأن للفظ العرض بمفرده معنى لغويا مخالفا للعرض الحقيقى ، فالعرض فى اللغة معناه الاظهار ، ولا يمكن أن يكون الشارع قصد هذا المعنى [٤] .

(٥) لو كان الشارع أراد أن يكون العرض حقيقيا لنص على ذلك صراحة ، كما فعل فى المادة ١٧٥ مدنى ، التى لم يكتف فيها بعبارة « عرض

---

(١) الاسكندرية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ — طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ .

(٢) راجع الزيلعى ٥ ص ٢٤٥ وقد جاء فيه « ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بأدائه والاحضار للتسليم ، ولا يجب التسليم قبل الوجوب ، فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ، ثم اذا قضى القاضى له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشترى أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ، لأنهما نزلا منزلة البائع والمشترى » .

(٣) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

(٤) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفمبر ١٩٢٠ .

حقيق » ، بل أضاف اليها بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات [١] ، وخصوصا ان الرأى السائد وقت صدور دكريتو سنة ١٩٠١ كان يقضى بالعرض البسيط [٢] .

(٦) أن تشبيه الشفعة بنزع الملكية جبرا للمنافع العامة لما فى كل منهما من أخذ العقار رغما من ارادة مالكه لا يؤدى الى ايجاب لتقديم الثمن على الشفيع عند الطلب ، لأن نزع الملكية جبرا للمنافع العامة لا يدفع فيه الثمن الا بعد صدور الدكريتو بنزع الملكية لا قبله ، والدكريتو أشبه بالحكم ، فالقياس به يقضى بعدم تكليف الشفيع تقديم الثمن ودفعه الا بعد رضاء المشفوع منه أو بعد القضاء بالشفعة [٣] .

(٧) أن تكليف الشفيع بعرض الثمن والملحقات عرضا حقيقيا لا يحمى المشترى فى حالة رفضه قبول العرض من افلاس الشفيع أو مماطلته بعد الحكم بالشفعة ، لأن قانون الشفعة خلو من وجوب ايداع الثمن والملحقات فى خزانة المحكمة عند رفض المشترى تسلمه من المحضر ، والايداع لا يدخل فى ضمن معنى العرض الحقيقى كما يستفاد من عنوان الفصل الرابع من الباب العاشر من قانون المرافعات ، وحينئذ لا توجد فائدة من العرض الحقيقى ، وانه من العبث تكليف الشفيع بعرض وايداع مبالغ تبقى بغير انتاج و بلا فائدة تعود على أحد حتى يحكم فى دعوى الشفعة بالقبول أو الرفض ، والمصلحة الاقتصادية تقضى بالعكس بأن دفع الثمن لا يلزم به الشفيع الا بعد الرضاء أو القضاء ، ففى هذه الحالة لا ينال أحدا من الخصوم ضرر جسيم ، وللمشفوع منه التمسك بالمادة ٢٧٩ مدنى

---

(١) راجع ٦٨٥ مرافعات : « اذا أراد المدين اداء الدين المقر به نقدا كان أو غيره يعرضه عرضا حقيقيا على الدائن على يد محضر وهو يحرر بذلك محضرا » .

(٢) استئناف مختلط ١٤ ديسمبر ١٨٩٢ ، ٢١ ديسمبر ١٨٩٣ ، ١٧ ابريل ١٨٩٥ ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ .

الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفبر ١٩٢٠ .

(٣) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفبر ١٩٢٠ .

وحبس العين حتى يتسلم الثمن وملحقاته وحق طلب سقوط الشفعة للتأخير عن دفع الثمن والملحقات[١] .

٢٨٢ — وقد قررت محكمة منيا القمح الجزئيـة[٢] ، بدون التعرض لبحث ما اذا كان الشـفيع ملزما بعرض الثمن عرضا حقيقيـا من عدمه ، أنه لا يتسنى للشفيع الذى لم يعرض ثمن العقار عرضا حقيقيا أن يطلب تعويضا عن ريع العين الناتج قبل التسليم ، اذ لا يكون من العدل أن يجمع بين الاستفادة من ريع العين و بين فوائد الثمن .

٢٨٣ — **رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة** — بناء على اختلاف الأحكام فى تفسير المراد من العرض الواجب القيام به قد طرح هـذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقـاته عرضا حقيقيا . وجاء فى حكمها ما يأتى[٣] :

« وحيث ان الواجب البحث فيـه الآن هو معرفة ما اذا كان واجبا حتما على الشفيع أن يعرض على المشفوع منه عرضا حقيقيا جميع الثمن الوارد بعـقد الشراء وملحقاته والا سقط حقه فى الطلب ، أو أن عدم هذا العرض الحقيقى غير مسقط لحق الشفعة .

« وحيث ان الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الأهليـة تضاربت فى هـذا الموضوع ، وقد أجمعت أحكام المحاكم المختلطة على أن العرض الحقيقى

---

(١) الاسكندرية الابتدائية ١٦ نوفبر ١٩٢٠ .

(٢) منيا القمح (القاضى زكى برزى) ٢٩ نوفمبر ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ١١٥ المجموعة ٨ رقم ٣٣ ص ٦٦ .

(٣) ٢٩ مارس ١٩٢٣ (أحمـد طلعت باشا ومستر برسفال ومستر مارشال ومستر هل وأحمد عرفان باشا وصالح حق بك ومستر ساندرسن ومستر كرى وأحمد زكى أبو السعود بك وعلى حسين بك وعلى سالم بك ومحمـد مصطفى بك وعلى جلال بك وشاكر أحمـد بك وعبد الحـكيم عسكر بك) المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ الجـدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٧ المجموعة ٢٤ رقم ٢٦ ص ٤١ .

غير واجب فلا يؤدى عدمه الى سقوط الحق فى الشفعة .

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها انها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى ان الشفيع لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشترى على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون قد صرفها فى سبيل هذا الشراء .

« وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك ، وليس مقررا له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى .

« وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشترى الى حكم القاضى فليس من المسلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال و بغير مسئولية على المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائما ، قصر أو طال .

« وحيث ان المادة ٦٩ من القانون المدنى الواردة فى باب الشفعة القديم قضت فى النسخة العربية بأن للشريك فى عقار غير مقسوم الحق فى أن يأخذ بالشفعة الحصة التى باعها أحد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف ، وأتت عبارة النسخة الفرنسية قاصرة على أنه اذا عرض عليه دفع الثمن والمصاريف ، والقانون المختلط وضع أولا مطابقا لنص القانون الأهلى .

« وحيث انه مع هذا النص سارت المحاكم الأهلية فى أحكامها لغاية صدور قانون الشفعة المعمول به الآن على عدم وجوب هذا العرض وعدم اعتباره مسقطا لحق الشفعة ، وكذلك المحاكم المختلطة فانها سارت فى أحكامها على هذا النمط الى اليوم .

« وحيث انه بعد ذلك قد رؤى تعديل القانون المختلط فيما يخص قواعد الشفعة ، وعرض على الجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المختلطة أمر هذا التعديل ، فنظرت فيه وأخرجت مشروع قانون الشفعة المعمول به الآن ، وصدر

به أمر عال تاريخه ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ ، وبعد ذلك صدر أمر عال تاريخه ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة لدى المحاكم الأهلية ، ونصوصه مطابقة تمام المطابقة لقانون المحاكم المختلطة الذى حضرته الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أى أن قصد الشارع لم يتغير فى كلا القانونين .

« وحيث ان جميع أحكام المحاكم المختلطة مجمعة كما سلف الذكر على عدم وجوب العرض الحقيقى ، وأن عدم حصوله غير مسقط لحق الشفعة ، ولا فرق فى ذلك بين العصر السابق على القانون الجديد واللاحق له .

« وحيث ان أحكام المحاكم الفرنسية وآراء الشراح لم تخالف هذه القاعدة فيما يماثل قضايا الشفعة ، وهو استرداد الحصة المبيعة من أحد الورثة طبقا للمادة ٨٤١ من القانون الفرنسى المقابلة لمادة ٤٦٢ من القانون المدنى الأهلى ، اذ أجمعوا على أن عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشترى ليس بواجب حتما ، ولا يؤدى عدمه الى سقوط الحق فى الطلب .

« وحيث انه بالرجوع الى المادة ١٤ من قانون الشفعة يتبين من نصها أنه يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لهما كتابة على يد محضر ، ويكون الاعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا ، ولم يأت بهذه المادة الزام بالعرض الحقيقى ، ولا نص صريح بما يترتب من النتائج على عدم هذا العرض .

« وحيث ان كل ما جاء من المسقطات فى قانون الشفعة : (أولا) ما قضته مادة ١٩ من هذا القانون من سقوط حق الشفعة أولا بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، وثانيا اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته . (وثانى المسقطات) ما جاء بالمادة ٢١ من وجوب اشتمال التكليف الرسمى المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا ، مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه وبيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى والا عد التكليف لاغيا . (وثالث المسقطات) ما جاء بمادة ٢٢

من سقوط الحق فى الشفعة بعد مضى ستة شهور من يوم تسجيل عقد البيع . ولم يأت بالصراحة نص خاص بسقوط الحق عند عدم العرض الحقيقى .

« وحيث انه من المقرر قانونا أن سقوط الحقوق لا يحكم به الا بناء على نص صريح فى القانون ، ولعدم النص يصبح القضاء بالسقوط عند عدم العرض غير مستمد من نص يأمر به .

« وحيث ان القانون لو كان يريد بالعرض الوارد بالمادة ١٤ من قانون الشفعة أن يكون حقيقيا لنص عليه صراحة ، وذكر ما ينجم عن مخالفته ، اذ أنه جاء بمادة ١٧٥ من القانون المدنى أنه اذا كان الدين عبارة عن نقود أو منقولات تبرأ ذمة المدين بعرض الدين على الدائن عرضا حقيقيا بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات ، وعلى مقتضى نص هذه المادة لا تتم البراءة من الدين ولا يعفى المدين من سريان فوائده والمصاريف الا بعد عرض الدين عرضا حقيقيا وايداعه بخزانة المحكمة على ذمة الدائن ، تطبيقا للأصول المقررة بقانون المرافعات فى باب عرض الدين على الدائن ، مادة ٦٨٥ وما بعدها .

« وحيث انه مما يؤيد التفسير المتقدم الذكر أنه لو ألزم الشفيع بعرض الثمن عرضا حقيقيا فى الميعاد القانونى ، واستلمه المشفوع منه ، وكان الشفيع يطعن فى مقداره بأنه زائد عن الحقيقة زيادة صورية ، وثبتت صحة طعنه وأحقيته فى استرداد مادفعه زائدا ، فقد يكون المشفوع منه فى حالة عسر لا تمكنه من رد ما أخذه بغير حق ، وفى ذلك مضرة بالشفيع بغير مقتض قانونى . وقد يتفق أن الشفيع مع علمه بالبيع يجهل شروطه ومقدار الثمن وملحقاته لعدم اعلانه بها من المشترى ، وفى تكليف الشفيع بوجوب العرض الحقيق صعوبة ، ان لم تكن هناك استحالة ، فى القيام به .

« وحيث انه بناء على جميع ما تقدم يتبين أن عدم عرض الثمن عرضا حقيقيا على المشترى غير مسقط لحق الشفيع ، لعدم النص القانونى الصريح فى ذلك . فالقول بسقوط حق الشفعة لعدم العرض الحقيقى فيه مجازفة ومساس بالحقوق بغير نص صريح . على أنه لو كان المرجع فى الأمر قاصرا عل احتمال

كون طالب الشفعة قد لا تكون دعواه جدية ، ولا يقوم بدفع الثمن وملحقاته عند القضاء بالشفعة ، فللقاضى اذا ما تبين له من ظروف الدعوى فى خلال نظرها عدم احتمال جديتها أن يقرر من باب العدالة ومراعاة لصالح المشترى تكليف الشفيع بايداع الثمن والمصاريف بخزانة المحكمة فى ميعاد يعينه، وان تأخر عنه يعد طلبه غير جدى ، وصالحا للرفض ، وله أيضا أن يحدد بناء على طلب المشفوع منه ميعادا فى الحكم لدفع الثمن والملحقات ، وان تأخر الشفيع عنه يسقط حقه فى الطلب » .

٢٨٤ — استقرار الأحكام — وقد استقرت الأحكام على ما قررته الدوائر المجتمعة (١) .

٢٨٥ — هل طلب الشفيع خصم دين له على البائع يغنى عن عرضه الثمن ؟ — للأخذ بالشفعة شروط قررها القانون ، منها كما تقدم أن يعرض الشفيع الثمن الوارد فى العقد وملحقاته بغير قيد ولا شرط ، أو أن يظهر استعداده لدفعه عند اثبات صحته . فاذا لم يقم الشفيع بما فرضه عليه القانون ، بل قيد رغبته فى الأخذ بالشفعة بأن يعترف المشترى بدين يدعى أنه له فى ذمة البائع ، و بأن يقبل خصم الدين من الثمن ، ولم يعرض فى اعلان الرغبة جميع الثمن المقدر فى العقد ، ولم يظهر على الأقل استعداده لدفعه عند اثبات صحته ، يكون طلب الشفعة غير مقبول (٢) .

---

(١) راجع : استئناف ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة محمد مصطفى بك وزكى برزى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك) المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٢ . وقد جاء فى هذا الحكم : « وفيما يتعلق ببطلان الاجراآت استنادا على أن ابداء المستأنفة رغبتها بأخذ العقار بالشفعة لم يكن مصحوبا بالثمن الواجب عرضه عرضا حقيقيا فعليا . فان الثابت أن القضاء اتفق أخيرا فى أحكامه على أنه ليس من الضرورى لصحة طلب الشفعة أن يكون مصحوبا بعرض الثمن وملحقاته عرضا حقيقيا ، بل يكفى أن يظهر الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته . وثابت فى هذه الدعوى أن المستأنفة قامت بهذا الشرط الأخير قياما تاما » .

(٢) الاسكندرية ١٨ اكتوبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة محمود حلمى سوكة وامام عيدروس الحوت وسعيد ذو الفقار) المحاماة ١١ رقم ٢٧١ ص ٥٣٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٣ .

٢٨٦ — عجز قيمة الرهن — اذا كان واجبا على الشفيع أن يعرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا فليس واجبا عليه أن يعرض الثمن جميعه اذا كان على العين المبيعة دين لآخر ، وانما يحق له عرض باقى الثمن بعد خصم قيمة الرهن ، لأن المادة ١٣ من قانون الشفعة نصت على أن الشفيع يحل فى الصفقة محل المشفوع منه وفقا لشروط عقد الشفيع [١] .

٢٨٧ — العرض فى حالة شفعة جزء فقط من الأرض المبيعة — متى كان طلب الشفعة مختصا بجزء فقط من الأرض المبيعة صفقة واحدة ، مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان ، فيختلف بالضرورة عرض الشفيع فى مقدار الثمن بالنسبة للثمن الاجمالى الوارد فى عقد البيع . ويتعين على المحكمة النظر فيما اذا كان العرض لائقا أم لا ، ولها الحق للوصول لهذا الغرض فى أن تعين خبيرا لتقدير قيمة الأطيان المشفوع فيها ، واذا تراءى للمحكمة حينئذ لياقة العرض فيتعين عليها اعتبار صحته [٢] .

٢٨٨ — الثمن الصورى — يجب على الشفيع أن يعرض الثمن الوارد فى عقد البيع . ولكن اذا اتفق البائع والمشترى على زيادة المبلغ فى العقد ، فقد اختلفت المحاكم فى مقدار المبلغ الواجب عرضه .

---

(١) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر كلابكوت وأحمد عرفان بك) المحاماة ٢ رقم ٤٤ ص ١٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١٠٥٤ . وعلقت مجلة المحاماة على الحكم بما يأتى : ان هذا المبدأ ظاهر جدا للسبب المتقدم ، ولأن قيمة الرهن ليست من حق المشترى ، ولأن حق الدائن هنا عينى على العقار وليس شخصيا على البائع أو المشترى ، ولكن هذه الاعتبارات كلها لم تمنع من صدور بعض أحكام قضت بضرورة عرض الثمن كله بما فيه قيمة الرهن ، وبذلك قررت استحقاق دين الدائن قبل ميعاده وعلى الرغم منه .

راجع استئناف ٢٣ يونيه ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ مجموعة ناصر ٤٧٢٦ — ونبذة ٣٥٣ .

قنا الجزئية ١٣ اكتوبر ١٩٣٠ (القاضى السيد على السيد) المحاماة ١٢ رقم ٤٤٤ ص ٨٩٦ مجموعة ناصر ٤٧١٧ .

(٢) استئناف ١٢ يناير ١٩٠٤ (دائرة يحي ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر كوغلن) الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ مجموعة ناصر ١٢١٩ .

فمنها من رأى أنه يجب على الشفيع أن يعرض الثمن برمته الوارد فى العقد ، بما فيه الزيادة التى يطعن فيها ، مع حفظ حقه فى اثبات صوريته ، فاذا عرض الثمن الذى يدعى أنه حقيقى فلا يعتبر هذا العرض صحيحا [(١)] .

ومنها من رأى أن العمل بالرأى الأول ربما كان فيه فرصة سانحة للمشترى بها يمنع الشفيع من الأخذ بحقه فى الشفعة ، وذلك بوضعه صورة فى العقد ثمنا باهظا جدا يستحيل على الشفيع أن يحصل عليه ، وان اعلاء ثمن المبيع بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة هو أمر مخالف للقانون ، والمحاكم لم تسمح للمشترى باستعمال طريقة غير شرعية لمنع الشفيع من استعمال حق منحه اياه الشارع بنص صريح فى القانون . وقد رأى هذا الفريق الأخير بناء على ذلك أنه يكتفى بعرض الثمن الذى يعتقده الشفيع صحيحا ، محملا اياه تبعة اثبات صورية الزيادة ، فاذا عجز عن اقامة الدليل على ذلك فلا يعتبر أنه قام بما فرضه عليه قانون الشفعة من عرض الثمن وملحقاته ، ويسقط حقه فى الشفعة ، ولا يفيده أن يعرض بقية الثمن بعد ذلك اذا كان الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٩ من قانون الشفعة قد انقضى [(٢)] .

---

(١) استئناف مختلط (١٤ ص ٢٣٤) ، (٩ ص ٣٠١) .

استئناف أهلى ١٣ يناير ١٩١٣ (دائرة محمد مجدى بك وأحمد موسى بك ومسيو سودان) المجموعة ١٤ رقم ٤٨ ص ٩١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٦ المحاكم ٢٥ ص ٥٤٢١ مجموعة ناصر ١٢٥٤ .

استئناف ٧ يناير ١٩١٩ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر كالوينى وعبد الرحمن رضا بك) الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص ١١٥ مجموعة ناصر ١٢٥٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يجب أن يكون العرض اما للثمن الوارد بعقد البيع أو اذا رأى الشفيع فيه مبالغة فللثمن الذى يقول به هو مع وضع الفرق بين الثمنين فى خزانة المحكمة على ذمة الدعوى .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألستون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ .

استئناف أهلى ١٤ ابريل ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبرغلو ومينا ابراهيم بك) الشرائع ١ رقم ٣٣٩ ص ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ الفهرست =

وإذا عرض الشفيع الثمن الذى يعتقده حقيقيا ، واحتفظ باثبات الصورية فيما يتعلق بالزيادة ، فيجب عليه فى آن واحد أن يصرح باستعداده لدفع الفرق فيما لو اتضح للقضاء أن الثمن كله الوارد فى العقد حقيقى . فاذا قصر فى ذلك كان عرضه ناقصا ، وبالتالى غير صحيح ، لمخالفته للقانون ويترتب على ذلك سقوط حق الشفيع فى الشفعة [1] .

٢٨٩ – اثبات صورية الثمن – يجوز للشفيع أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد بالعقد معلى عن الثمن الحقيقى بقصد منعه من استعمال حقه فى الأخذ بالشفعة ، لأن الاثبات بالبينة جائز على ما خالف القانون ، وللمحكمة أن تقضى عليه بدفع الثمن الذى ثبت من شهادة الشهود ومن تقرير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقى [2] .

= العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٥٧ مجموعة ناصر ١٢٥٥.

المنصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضى فوزى المطيعى بك) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف ٨ مايو ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا وحسين درويش بك ومستر هل) المجموعة ١٩ رقم ١٠٢ ص ١٤٧ مجموعة ناصر ١٢٥٧ .

طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى جمال الدين أباظة والقاضى أحمد فائق) المحاماة ١ رقم ٢١ ص ١٣٩ مجموعة ناصر ١٢٥٩ .

استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

(١) أسيوط الابتدائية ٢ مايو ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٤٠٩ ص ٦٤٧ مجموعة ناصر ٤٧٢٥ .

مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ (٣٦ ص ١٧٠) .

(٢) استئناف ٢٣ فبراير ١٩٠٩ (دائرة محمد مجدى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر ألستون) المجموعة ١٠ رقم ٨٧ ص ٢٠٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٠ مجموعة ناصر ١٢٢٣ .

استئناف ١٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة عبد العزيز كحيل باشا ومستر دلبرغلو ومينا ابراهيم =

ولكن تطبيق المبدأ المتقدم فى العمل يجوز أن ينتج عنه ضرر بليغ ، اذ أن البيع الصحيح يكون معرضا لنتيجة شهادة شهود كاذبين يأخذ الشفيع بمقتضاها العقار بثمن أقل من ثمنه الحقيقى . لذلك يجب على القضاة ، كما قررت محكمة الاستئناف [١] ، أن يشددوا بأكثر ما يمكنهم قبل الحكم بالشفعة ، فلا يأمروا بتحقيق ادعاء طالب الشفعة الا اذا وجدت فى الدعوى قرائن تدل على صحته ، كأن يتأكدوا من المستندات المقدمة لهم ، أو من خبير معتمد ، من أن العقار لا يساوى أكثر من الثمن الذى يقول عنه طالب الشفعة ، وأنه لا توجد أسباب مخصوصة تحمل المشترى على شرائه بأكثر من قيمته ، فاذا ثبت ذلك يكون قرينة على تلاعب المشترى والبائع واتفاقهما على ضياع حق الشفيع ، فعندها يصح للمحكمة سماع الشهود ، ولا تحكم بمقتضى شهاداتهم الا اذا جاءت مؤيدة لقول المدعى بطريقة لا شك فيها ، فاذا اتخذت المحكمة هذه الاحتياطات قبل الحكم بالشفعة تكون قد أدت ما يريده الشارع من التشديد .

= بك) الشرائع ١ رقم ٣٣٩ ص ١٨٨ المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ مجموعة ناصر ١٢٢٤ .

استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حقى بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٦٥٥ ، مجموعة ناصر ١٢٦٠ .

أسيوط الابتدائية استئنافى ١٠ نوفمبر ١٨٩٦ (دائرة القضاة أحمد حلمى وعثمان غالب وحسين درويش) القضا ٤ ص ١١٢ مجموعة ناصر ١٢٢٠ .

استئناف مختلط (١٥ ص ٢٤٣) ، (١٩ ص ٣٠١) .

دى هلتس نبذة ١٢٥ ، ١٢٦ .

(١) استئناف ١٤ ابريل ١٩١٤ المتقدم المجموعة ١٥ رقم ٩٦ ص ١٩٠ الشرائع ١ رقم ٢٣٩ ص ١٨٨ .

راجع أيضا استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) ، ١١ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) ، ١٩ يونيه ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) ، ٩ ابريل ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٧٤) ، ٢٢ مايو ١٩١٣ (٢٥ ص ٤٠٠) .

وحكمت محكمة الاستئناف بأنه لا يكفي — لاثبات أن الثمن الذى ذكر فى عقد البيع زيد بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة — الحصول على شهادة من البائع تدل على ذلك . وانما اذا تقدمت فى الدعوى شهادة بهذا المعنى فانه يترتب عليها وجود شك عند المحكمة فى صحة الثمن الوارد بالعقد ، ويمكن اعتبار الشهادة مبدأ ثبوت ما دام أنه من الجائز أن يكون ما حرر فيها حقيقيا ، كما أنه يجوز ألا يكون كذلك . وللمحكمة أن تحلف المشترى اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد فى العقد ودفعه بأكمله الى البائع (١) .

٢٩٠ — ولا يسوغ للقاضى أن يقبل القرائن الضعيفة اثباتا لصورية الثمن المذكور فى عقد بيع ، بل يجب أن يقوم الدليل على صورية الثمن بطريقة لا تدع مجالا للشك (٢) .

٢٩١ — ولا يقبل من الشفيع عرضه دفع الثمن الوارد فى عقد البيع مشترطا أن يثبت المشفوع منه جديته (٣) .

٢٩٢ — هل للمشفوع منه اثبات أنه الوارد فى العقد أقل من الثمن الحقيقى — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه وان جاز للشفيع أن يثبت أن الثمن المدون فى عقد البيع تضمن زيادة فى الثمن لتعجيزه عن طلب الشفعة فان المشفوع منه لا يجوز له بالعكس أن يثبت أن الثمن الذى ذكره فى العقد أقل من الثمن الحقيقى ، حتى ولو أبرز مستندات صادرة من بائعه تثبت أن الثمن الحقيقى أزيد من الثمن الوارد بالعقد ، وأن انقاص الثمن كان الغرض منه الهرب من دفع الرسوم الحقيقية اضرارا بمصلحة الخزانة .

---

(١) استئناف ٧ مايو ١٩١٤ (دائرة يحيى ابراهيم باشا وأحمد موسى بك ومستر برسيفال) الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص ١٩٥ مجموعة ناصر ١٢٢٥ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٧ (٣٠ ص ١١٢) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يونيه ١٩٠٧ (١٩ ص ٣١٠) .

وقضت أيضا بأن المشترى الذى يخفض ثمن المبيع فى عقد مشتراه بقصد الهروب من دفع رسوم التسجيل الحقيقية، اذا خسر دعواه ولم يقض له على الشفيع الا بالثمن الوارد فى عقده، لا يحق له أن يرجع على بائعه بفرق الثمن، بناء على أن القضاء لم يحكم له الا بالثمن الوارد فى العقد [١].

٢٩٣ — **ملحقات الثمن** — يجب على الشفيع أن يعرض ملحقات الثمن légitimes accessoires du prix، وهى المصاريف الرسمية les frais et loyaux coûts، أى مصاريف العقد، ومصاريف التسجيل، اذا كان العقد قد تسجل [٢]، والسمسرة التى دفعها المشترى المطلوب الأخذ منه بالشفعة [٣]، وكل المصاريف التى اضطر المشترى لدفعها للحصول على مشتراه. وليس للشفيع أن يعترض على القيمة التى دفعت أو على ضرورة دفعها ما دامت أنها لم تدفع أو يبالغ فيما دفع منها اضرارا بحقوقه.

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٦.

(٢) وخصوصا أن الشفيع لا يدفع عند الحكم له رسم تسجيل جديدا.

راجع دمياط الجزئية (القاضى أحمد فؤاد) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨). وقد جاء فى أسباب هذا الحكم:

وحيث ان المدعى عارض فى الحكم بمصاريف التسجيل بحجة أنه يمكن المدعى عليها الأولى استردادها.

« وحيث ان هذا القول غير صحيح، اذ لا يمكن رد رسم التسجيل بأى حال من الأحوال، وبالعكس فان رسم التسجيل الذى دفعته المدعى عليها الأولى قد أعفى المدعى من دفع رسم جديد على حكم الشفعة، أى أن ملزومية المدعى بدفع رسم التسجيل ناشئة أولا من أنه من ملحقات الثمن الواجب ردها، وثانيا لأنه يستفيد منه شخصيا، اذ سيغنيه عن دفع رسم جديد كما تقدم، وقد أفتى قسم القضايا بذلك (راجع فتوى قسم القضايا المؤرخة ٢٥ نوفمبر ١٩٢٤ والمبلغة للمحاكم فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤).

(٣) استئناف مختلط ٢ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٢٣)، ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٠)، ١٠ مايو ١٩٢٧ (٣٩ ص ٤٤٨).

وقد حكم بأنه اذا تحدد مبلغ السمسرة بنسبة أعلى بسبب الالتزامات الخاصة التى فرضت على السمسار لمصلحة المشترى ، ولكن بسبب الشفعة لم يقم السمسار بوكالته بتمامها ، فانه لا يكون للسمسار أن يستولى على المبلغ المعين ، بل على تعويض يترك تعريفه للقاضى على حسب قواعد الوكالة ، وهذا المبلغ هو الذى يجب على الشفيع دفعه [١] .

وان ذكر المشترى باتفاقه مع البائع له فى عقد البيع ثمنا أكثر من الثمن الحقيقى الذى اشترى به فلا يلزم طالب الشفعة الا بمصاريف التسجيل بنسبة الثمن الحقيقى [٢] .

وقد حكم بأنه لا يعتبر عرضا غير كاف العرض الحاصل من الشفيع شاملا للثمن وجزء من المصاريف والملحقات التى لم تكن قيمتها معروفة له مع اظهار استعداده لتسوية الباقى ودفع جميع المصاريف الأخرى التى يقدم المشفوع ضده الدليل عليها [٣] .

٢٩٤ — ولا يدخل فى ضمن مصاريف العقد الرسمية ، أى فى ضمن ملحقات الثمن الواجب دفعها قانونا ، مصاريف القرض العقارى l'emprunt hypothécaire التى اضطر المشفوع منه لدفعها للحصول على المبلغ اللازم لأداء الثمن والتعويض الذى ألزم بدفعه للمقرض مقابل أداء المبلغ المقترض قبل ميعاده [٤] .

٢٩٥ — المصاريف الضرورية أو النافعة — يلزم الشفيع بالمصاريف الضرورية أو النافعة التى أجراها المشترى ، غير أن الزامه بها لا يكون بناء على القواعد الخاصة بحق الشفعة ، بل بناء على قواعد العدالة التى تقضى بأن لا يثرى

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٠) .

(٢) استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيفال ومحمد شكرى باشا) الشرائع ١ رقم ٢٧١ ص ١٤٦ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٣٢ (٤٤ ص ٣٥٠) المحاماة ١٤ رقم ٣١ ص ٦٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٢٧ (٢٩ ص ٤٤٨) .

انسان على حساب غيره . وعلى ذلك فليس من الضرورى أن تعرض مع الثمن وملحقاته ، لأنها ليست داخلة فى ضمنها ، ولم تعمل الا بعد الشراء[١] .

(٤) ميعاد اعلان الرغبة فى الشفعة

٢٩٦ — يجب أن يكون اعلان الرغبة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علم الشفيع بالبيع ، أو من وقت تكليفه رسميا ابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة .

وهذا الميعاد مذكور فى المادة ١٩ فقرة ثانية التى تقرر أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة » .

ويلاحظ النص الفرنسى للمادة بخصوص مبدأ سريان الميعاد ، حيث جاء فيه :

« Dans les quinze jours du *moment* où elle a eu connaissance de la vente ou de la *date* de la mise en demeure ».

أى فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من تاريخ تكليفه رسميا ، فهل يؤخذ من ذلك أن مبدأ الخمسة عشر يوما يختلف فى حالة العلم بالبيع عنه فى حالة التكليف الرسمى ؟ الظاهر أنه لا يوجد فرق بين الحالتين ، وخصوصا أن مواعيد السقوط لا تحسب من وقت لوقت ، بل من يوم ليوم[٢] .

وقد تعرضت محكمة النقض لهذه النقطة فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥[٣] ، فقالت : ان النسخة العربية اذا كانت قالت من وقت علمه بالبيع ، فقد قالت أيضا « من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته » . وهذه العبارة الأخيرة

(١) دى هلتس نبذة ١٢٨ و ١٢٩ .

(٢) دى هلتس نبذة ١١٤ .

(٣) ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ .

قد ورد نصها بالفرنسية هكذا ou de la date de la mise en demeure ، ومقابلها بالعربية « أو من تاريخ تكليفه رسميا » ما يفيد أن واضعى النص يستوى عندهم كلمة « وقت moment » وكلمة « تاريخ date » .

٢٩٧ — ويجب اظهار الرغبة قبل مضى الخمسة عشر يوما من تاريخ العلم بالبيع ، وليس من تاريخ العلم بالتسجيل[١] ، لأن الحق فى الشفعة ينشأ عند اتمام البيع ، لا وقت تسجيل البيع .

وقد قررت محكمة النقض أن العبرة فى علم الشفيع بالبيع العلم الذى يحاج به هى بوقت حصول البيع . فاذا قرر المجلس الحسبى الموافقة على بيع جانب من أطيان القاصر ، وعلم الشفيع بهذا القرار ، ثم شفع فى الأرض المبيعة بعد يومين من تاريخ البيع الحاصل من الوصى بناء على قرار المجلس الحسبى ، فان الشفيع لا يحاج بعلمه بذلك القرار[٢] .

٢٩٨ — **ميعاد اعلان الرغبة بالنسبة لعقد البيع الابتدائى** — قد تقدم القول بأنه اذا كان عقد البيع قابلا للعدول عنه نظير دفع تعويض فلا يمكن أن يتولد عنه حق الشفعة[٣] . وعليه لا يبدأ ميعاد سقوط الحق فى الشفعة بسبب العلم بالبيع الا من تاريخ العقد النهائى ، وليس من تاريخ العقد الابتدائى[٤] .

---

(١) استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٤٢) المحاماة ٨ رقم ٤٠٠ ص ٦١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٥ ، ٢١ ديسمبر ١٩٢٦ (٣٩ ص ١٠٢) .

(٢) نقض ٢٧ فبراير ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ رقم ٤٢ ص ١٥٧ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٩٥ .

(٤) استئناف مصر الأهلية ١٤ فبراير ١٩٢١ (دائرة مستر برسفال ومستر كلابكوت وأحمد زكى أبو السعود بك) المحاماة ٢ رقم ١١ ص ٢٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٠ المجموعة ٢٣ رقم ٤١ ص ٦٥ مجموعة ناصر ١٣٢٢ .

بنى سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكى خير الأبوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ .

٢٩٩ — اعلان الرغبة فى البيع المعلق على شرط — من رأينا كما تقدم[1] جواز الشفعة فى البيع المعلق على شرط ، سواء أكان الشرط واقفا أم فاسخا . ولكن متى يبدأ ميعاد اعلان الرغبة ؟ ايبدأ من يوم العلم بالبيع ؟ أم يبدأ عند تحقق الشرط ، اذا كان واقفا ، وعند تخلفه اذا كان فاسخا ؟ من رأينا وجوب التفريق بين البيع المعلق على شرط واقف والبيع المعلق على شرط فاسخ . فبالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف لا يبدأ ميعاد اعلان الرغبة من وقت العلم بالبيع ، بل من وقت العلم بتحقق الشرط ، لأنه قبل تحقق الشرط لا يكون لازما ولا تنتقل الملكية فيه . قد يحتج بأن الشرط عند تحققه يرجع الى وقت العقد و يعتبر البيع نافذا من وقته ، وعلى ذلك يسقط حق الشفيع اذا لم يكن أبدى رغبته فى الخمسة عشر يوما التالية لعلمه بالبيع . ولكن يرد على ذلك بأن الشفيع لا يمكن أن يعتبر عالما بالبيع قبل تحقق الشرط ، ولا عبرة بالأثر الرجعى الذى يفترضه القانون لتحقق الشرط ، لأن ذلك لا يغير من حالة الشفيع الذى لا يعتبر عالما بالبيع الا اذا وقع البيع وانتقلت فيه الملكية ، أما قبل ذلك فلا تنتقل الملكية الى المشترى كما تقدم .

أما بالنسبة للبيع المعلق على شرط فاسخ فان البيع يكون موجودا ، وتسرى كل آثاره ، وتنتقل الملكية فيه من يوم العقد ، الا أن العقد يسقط اذا تحقق الشرط . وعندنا أنه يجب على الشفيع اتخاذ الاجراآت من وقت علمه بالبيع ، و يحل الشفيع محل المشترى اذا قضى له بالشفعة . واذا تحقق الشرط وفسخ البيع فان هذا لا يغير شيئا ، و يكون للبائع حق استرداد المبيع من الشفيع ، كما كان يسترده من المشترى لو لم يؤخذ المبيع بالشفعة .

و يرى رأينا الأستاذ زكى العرابى (باشا) فيقول[2] بجواز الشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ ، وأن الميعاد فى البيع المعلق فسخه على

---

(١) نبذة ١٨٧ .

(٢) نبذة ٩٦ ونبذة ٩٧ .

شرط يحتسب من يوم العلم بالبيع بدون انتظار نتيجة الشرط ، وفى البيع المعلق وجوده على شرط يجب أن لا يسرى الميعاد الا من يوم تحقق الشرط « لأن العلم بالبيع ليكون مبدأ لسريان المدة يجب أن يكون علما نافيا للجهالة ، وهذا لا يكون الا بتحقق الشرط ، وقبل ذلك لا يوجد بيع ، بل هذا شيء قد يكون وقد لا يكون حسب الأحوال ، والى تحقق الشرط يكون حصول البيع مشكوكا فيه ، ولا يصير حقيقيا الا بتحققه » . ويضيف الأستاذ العرابى (باشا) : « ومع هذا فللشفيع أن يطلب بمجرد العلم بالبيع ، ولكن لا يقضى له الا اذا تحقق الشرط[١] » . ونحن لا نوافق على هذه الاضافة ، اذ كيف يوقف القضاء بالشفعة للشفيع حتى يتحقق الشرط ، مع أن القانون نص على مواعيد قصيرة يترتب على عدم مراعاتها سقوط الشفعة . فالواجب على الشفيع رفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من وقت اعلان الرغبة ، والا سقط حقه ، ويجب على المحكمة أن تحكم على وجه السرعة . ولا يوجد فى القانون ما يجيز وقف الحكم فى دعوى الشفعة حتى يتحقق الشرط .

٣٠٠ — **اعلان الرغبة فى بيع الوفاء** — بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع (مدنى ٤٢١/٣٣٨) ، ويكون فيه البائع مالكا تحت شرط واقف ، وهو شرط خيار الاسترداد ، ويكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ . ولا فرق بين بيع الوفاء و بين البيع المعلق فسخه على شرط الا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدود الأجل كما تقدم[٢] . وقد قلنا بجواز الشفعة فيه[٣] . أما ميعاد اعلان الرغبة فيسرى بالتفصيل الذى ذكرناه فى النبذة السابقة .

---

(١) نبذة ٩٦ ص ٥٩ .

(٢) نبذة ١١٥ .

(٣) نبذة ١٨٩ .

٣٠١ — اعلان الرغبة فى البيع الفاسد — البيع الفاسـد يكون صحيحا بادىء بدء ، وتترتب عليه النتائج القانونية حتى يفسخ ، وقد قلنـا بجواز الشفعة فيه (١) . ويبدأ ميعاد اعلان الرغبـة من يوم العلم به . فاذا قضى بالشفعة حل الشفيع محل المشترى . فاذا لم يتأيد البيع وفسخ ، فان الشفعة تسقط معه ، ويكون للبائع حق استرداد المبيع وفسخ البيع فى مواجهة الشفيع ، كما كان له ذلك فى مواجهة المشترى .

٣٠٢ — احتساب ميعاد اعلان الرغبة — وفقـا للقاعدة العـامة لا يحسب اليوم الأول الذى حصل فيه العلم dies a quo من ضمن الميعاد ، بما أن الشارع لم ينص فى قانون الشفعة على خلاف هذه القاعدة (٢) .

ويحسب اليوم الأخير (٣) .

فللشفيع أن يظهر رغبته بتقديم طلب عنها الى قلم المحضرين فى اليوم الخامس عشر (٤) .

---

(١) نبذة ١٧٤ .

(٢) راجع المادة ١٦/١٨ مرافعات : « اذا كانت الورقة المعلنة للخصم مشتملة على طلب حضوره فى ميعاد مقدر بالأيام أو على التنبيه عليه باجراء أمر ما فى ذلك فلا يدخل يوم الاعلان فى الميعاد المذكور » .

دى هلتس ١١٥ .

استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ .

نقض مصرى ٢٠ يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ ، وقد جاء فيه أن المادة التاسعة عشرة ، اذ نصت على أن اظهار الشفيع رغبته يكون فى ظرف خمسة عشر يوما « من وقت علمه بالبيع » ، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوما تبتدىء من لحظة العلم بالبيع ، بل أرادت أن تجعلها تبتدىء من اليوم التالى لتاريخ العلم به . راجع ما تقدم نبذة ٢٩٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص ٧٨٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٢ : انه وان كان يوم الاعـلان فى الشفعة لا يدخـل فى احتساب المواعيـد القانونية فان يوم حلول الأجل المضروب نهـاية للميعاد القانونى يجب أن يحتسب فى ضمن المواعيد القانونية .

(٤) ايتاى البارود الجزئية (القاضى محمود حلمى سوكة) ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦ ص٨٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٤ مجموعة ناصر ٤٧٤٤ .

واذا وقع اليوم الأخير من الخمسة عشر يوما المعينة لاظهار رغبة الأخذ بالشفعة فى يوم عطلة رسمية يمتد الميعاد الى اليوم الذى يليه (١) .

واذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عيد واحد فلا يعطى صاحب الحق فى الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العيد لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعها ، ويكمل الميعاد (٢) .

وميعاد الخمسة عشر يوما ليس مدة تقادم prescription ، بل مدة سقوط déchéance ، فيسرى على كل الناس ، حتى الغائبين ، ومن كان غير أهل للتصرف ، ولا يقبل الانقطاع interruption ولا الوقف suspension .

٣٠٣ — ميعاد المسافة — يزاد على ميعاد الخمسة عشر يوما المذكورة بالمادة ١٩ عند الاقتضاء ميعاد المسافة . ولم تذكر المادة أية مسافة يزاد ميعادها ، ولكن بما أنها مختصة باعلان ابداء رغبة الشفيع الى البائع والمشترى فتكون المسافة المقصودة هنا هى المسافة بين محل الشفيع ومحل البائع أو المشترى (٣) .

واذا كان اليوم الأخير من ميعاد الخمسة عشر يوما يوم عطلة ، فما يجب

---

(١) المادة ١٨/٢٠ مرافعات : « اذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذى بعده » .

استئناف ٢١ يناير ١٩١٨ (دائرة محمد مجدى باشا ومحمد صدق بك ومستر هل) الحقوق ٣٤ ص ١٠٦ المجموعة ٢٠ رقم ٥ ص ٥ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٠ مجموعة ناصر ١٣١٠ .

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك وعفيفى عفت بك وصالح جعفر بك) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ .

نقض ٢٠ يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ : ان مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها ، بل انها تسرى فى أثنائها ، وكل ما أجازه القانون بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات أن الميعاد اذا وقع آخره يوم عطله فانه يمتد لليوم التالى ، فان كانت الأيام التالية هى أيضا أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

(٣) دى هلتس نبذة ١١٦ .

زيادته من مواعيد المسافة يحسب بعد اليوم التالى للعطلة[1] .

٣٠٤ — الخطأ فى احتساب الميعاد والدفع بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض — قضت محكمة النقض بأنه اذا تمسك المشترى بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين ، ودفع الشفيع بعدم العلم التفصيلى بالبيع ، وقضت المحكمة باعتباره عالما من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم أمام محكمة النقض بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون فى احتساب ميعاد الخمسة عشر يوما المقررة قانونا لابداء الرغبة فى الاستشفاع ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون ، اذا لم تمده لليوم التالى للعطلة ، ولم تضف اليه ميعاد المسافة ، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع ، ولا يعتبر سببا جديدا ، ما دام أن هذا السبب داخل فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع ، وأن عناصره

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ . وقد جاء فى أسباب الحكم : « وبما أنه قد تبين من الحكم المطعون فيه ، ومن الانذار المعلن بمعرفة الطاعن فى ٢٣ فبراير ١٩٣١ بابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة ، ومن الشهادة الرسمية المقدمة منه الدالة على أنه كان وقت حصول هذا الانذار شاغلا وظيفته الرسمية بمركز شبراخيت ، وجوب احتساب مدة المسافة بين شبراخيت وشبين الكوم ، وذلك عملا بالمادة ١٧ من قانون المرافعات ، وهذه المدة لا تقل عن يوم واحد . وباضافة هذا اليوم الى آخر الخمسة عشر يوما — التى بدأت من ٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، وهو يوم علم الطاعن بالبيع ، كما قرره الحكم المطعون فيه ، وانتهت فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣١ ، ثم امتدت أربعة أيام العطلة ، أى الى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ — يكون الانذار الصادر من الطاعن باظهار رغبته الأخذ بالشفعة ، والمعلن الى المطعون ضده فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، قد حصل فى الميعاد القانونى ، ومن ثم يكون الحكم الاستئنافى المطعون فيه الذى قضى برفض دعوى الطاعن لابداء رغبة الأخذ بالشفعة بعد الميعاد ، يكون هذا الحكم قد أخطأ فيما قضى به » .

راجع أيضا نقض ٢٠ يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون الاقتصاد ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ . وقد جاء فيه أن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات انما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو واياه ميعادا واحدا متواصل الأيام ، فاذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده ، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة ، فانه يأخذ هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد .

الواقعية لا تخرج عما كان معروضا على تلك المحكمة ، وأنه فوق ذلك منتزع من أسباب الحكم المطعون فيه [1] .

٣٠٥ – التكليف الرسمي بإبداء الرغبة – تنص المادة ٢١ على أنه :

« يجب أن يعلن التكليف الرسمي [2] المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر وأن يشتمل على البيانات الآتية والا عد لاغيا ، وهذه البيانات هى :

أولا – بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا دقيقا مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه .

ثانيا – بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى » .

« La mise en demeure prévue au § 2 de l'article 19 sera signifiée par acte d'huissier et devra, à peine de nullité, contenir :

1° Une description exacte de l'immeuble soumis à la préemption, avec désignation de sa situation, de ses limites et de sa contenance;

2° L'indication du prix et des charges de la vente, avec désignation des noms, prénoms, professions et domiciles du vendeur et de l'acheteur ».

أى البيانات الكافية الخاصة بالمشترى والبائع ، حتى يمكن الشفيع أن يعلن رغبته اليهما من غير تأخير [3] .

والثمن الواجب ذكره فى الأخطار – والا كان لاغيا – هو الثمن المبين فى العقد . فاذا كان الثمن المذكور هو غير الثمن الحقيقى فللشفيع أن يطعن فيه ، ويثبت بجميع الطرق القانونية مقدار الثمن الحقيقى ، ولكن يجب عليه أن يبدى

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٢٩ ص ٦٣ .

(٢) يقابل عبارة « التكليف الرسمى » فى النص الفرنسى عبارة «mise en demeure»، وهى ليست ترجمة صحيحة لها .

(٣) دى هلتس نبذة ١١١ .

رغبته فى ظرف الخمسة عشر يوما من وقت الاخطـار . فاذا كان الثمن المذكور فى الاخطار لا يطابق الثمن المذكور فى العقد ، أو اذا كانت البيـانات الأخرى المشترطة فى المادة ٢١ تخالف البيانات المذكورة فى العقد ، كان الاخطار لاغيا ، ولا يترتب عليه سريان الخمسة عشر يوما المسقطة لحق الشفيع [١] .

والاخطار الرسمى غير لازم [٢] ، فيجوز اخطـار الشفيع شفهيا ، أو أمام شهود ، أو بخطاب فى البريد ، على أنه اذا أنكر الشفيع وصول الخطاب اليه فيمكن المشترى أن يثبت ارساله ، وان كان هذا الاثبات ليس من السهل فى غالب الأحوال ، ولهذا يكون من الأصوب عمـل الاخطار رسميا على يد محضر [٣] .

ويجوز أن يعلن التكليف الى وكيل عن الشفيع اذا كان مخولا له أن يمثل موكله أمام المحاكم ، وأن يتسلم عنه الأوراق والأحكام ، فاذا مضى ١٥ يوما بعد ذلك ولم يحصل اعلان الرغبة من الشفيع سقط حقه [٤] .

على أن المشترى غير ملزم بأن يخطر الشفيع بحصول الشراء [٥] . وكان من الأوفق لو أن الشارع جعل الاخطـار الزاميا ، فكان بذلك يمنع كثيرا من الدعاوى ، ويزيل صعوبة الاثبات [٦] .

٣٠٦ — علم الشفيع — لأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة فى مـدة الخمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع ، لا يكفى أن يكون قد علم

---

(١) دى هلتس نبـذة ١١٢ — اسـتئناف مختلط ١٨ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٣) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر ١٩٠٥ (١٨ ص ٢٠) .

(٣) دى هلتس نبذة ١١٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

(٥) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر ١٩١٦ (١٩ ص ٩) .

(٦) فورچير ص ٣٢٤ .

بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشترى [١] وثمن المبيع وباقى شروط البيع حتى يمكنه أن يقرر رغبته فى الشفعة [٢] .

وقد بينت المادة ٢١ الشروط التى يجب أن يشتمل عليها اعلان تكليف الشفيع ابداء رغبته والا عد لاغيا ، فاذا علم الشفيع بالبيع من طريق آخر غير طريق التكليف بابداء رغبته فيجب أن يكون قد عرف هذه الشروط أيضا حتى يمكنه أن يقدر أيأخذ بالشفعة أم لا [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يونيه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٩٠) .

(٢) دى هلتس نبذة ١٠٧ .

استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) الاستقلال ٢ رقم ١٤٦ ص ١٦٧ المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦٦ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .

المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطيعى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٦ الحقوق ٣٣ ص ٤٣ .

دمياط الجزئية ٢٤ ديسمبر ١٩٣٠ (القاضى أحمد فؤاد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٣٢ ص ٦٦٨ مجموعة ناصر ٤٧٥٢ .

(٣) دى هلتس نبذة ١١١ .

قارن استئناف ٩ مايو ١٩٣٣ (دائرة حسن نبيه المصرى بك وأحمد نظيف بك ومحمد زكى على بك) المحاماة ١٤ رقم ١٢ ص ١٩ : ان العلم الكافى الذى يترتب عليه المبادرة بطلب الشفعة هو معرفة المبيع والثمن ، مع ملاحظة أن للشفيع حق المناقشة والمنازعة فيه اذا ظهر له أنه غير حقيقى ، أما باقى شروط البيع وطريقة دفع الثمن فليس من اللازم علم الشفيع بها ، لأنه فى حل من العدول عن طلب الشفعة اذا تبين له بعد ابداء رغبته فيها أن هناك شروطا لا يقبلها ، كما أنه من المقرر قانونا أن الشفيع لا يستفيد من اتفاق البائع مع المشترى على تأجيل دفع الثمن كله أو بعضه الا برضاء البائع ، وهذا الرضاء لا علاقة له بطلب الأخذ بالشفعة ، ولا يتوقف هذا الطلب عليه . وفضلا عن هذا فان من له مصلحة حقيقية فى أخذ المبيع بالشفعة لا يتوانى مطلقا فى ابداء رغبته فى الميعاد القانونى ليحفظ حقه من السقوط ، ويستطيع أن يضمن اعلان الرغبة كافة التحفظات التى يرى من مصلحته ابداءها بسبب جهله جميع البيانات المتعلقة بشروط البيع وبحقيقة الثمن ، والمهم فى الأمر أن يعرف الشفيع المبيع الذى له حق أخذه بالشفعة والثمن الذى تم به البيع ، وان تعذر عليه معرفة هذا الثمن كان فى حل من أن يبدى =

ولا يقال ان الشفيع الذى علم بالبيع يلزمه أن يبحث عن معرفة شروطه وبقية أركانه ، فان لم يعمل ذلك عد مقصرا وسقط حقه ، خصوصا اذا كان عقد البيع مسجلا ويسهل الاطلاع عليه لمعرفة البيع وأحواله ، لأن العلم المسقط للشفعة عند عدم ابداء الرغبة فيها فى ظرف خمسة عشر يوما يجب أن يكون علما حقيقيا حاصلا بالفعل [1] ، أما العلم التقديرى الذى فرضه القانون فلا يسقط الحق به بمضى خمسة عشر يوما ، بل لا بد من مضى ستة أشهر ، وهو العلم الذى فرضه القانون حاصلا من تسجيل عقد البيع ، وسنتكلم فيه عند بيان مسقطات الشفعة [2] .

= رغبته فى الأخذ بالشفعة بالمبلغ الذى يقدره ثمنا حقيقيا مع استمساكه برغبته هذه فى حالة ما اذا كان الثمن الحقيقى أكثر مما قدره .

أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ مجموعة ناصر ٤٧٥٠ .

استئناف ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسيو سودان وأحمد مختار بك) المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١٠٤٨ مجموعة ناصر ٤٧٥١ .

ملوى الجزئية ١٧ يناير ١٩٣٢ الجريدة القضائية ١١٨ ص ١٣ مجموعة ناصر ٤٧٥٣ .

راجع مرشد الحيران :

المادة ١٤٤ : اذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن ، فاستكثره فسلم فى الشفعة ، ثم تحقق له أن الثمن أقل مما أخبر به ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٥ : اذا علم باسم المشترى فسلم فى الشفعة ، ثم بان له أن المشترى هو غير من سمى ، فله حق الشفعة .

المادة ١٤٦ : اذا بلغ الشفيع شراء نصف العقار المشفوع فسلم فى الشفعة ، ثم تحقق له شراء كل المبيع ، فله الشفعة ، وفى عكسه لا شفعة له .

(١) عكس ذلك : أول مايو ١٩١٢ (١٤ ص ٢٧٤) — هالتون ص ١٧٧ .

(٢) استئناف ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ التقدم مجموعة ناصر ١٣٢٠ .

المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ التقدم المجموعة ١٨ ص ١٢١ رقم ٧٠ الحقوق ٣٣ ص ٤٣ مجموعة ناصر ١٣٢١ .

٣٠٧ — اثبات العلم — يكون من الصعب فى كثير من الأحوال تعيين الوقت الذى يعلم فيه الشفيع بالبيع ، وهو الذى يبدأ منه ميعاد الخمسة عشر يوما التى يسقط بعدها حق الشفعة اذا لم يقرر الشفيع رغبته فيها كما تقدم [١] .

والذى عليه اثبات العلم هو المدعى عليه فى الشفعة ، ويمكنه أن يثبته بجميع طرق الاثبات [٢] ، بما فى ذلك الاثبات بالبينة ، فقد جاء فى المادة ٢٠ :

« يجوز اثبات . . . العلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة » .

« Le fait de la... connaissance de la vente (pourra être prouvé) par tous les moyens légaux et même par témoins ».

ويجوز استخلاص العلم من قرائن الأحوال [٣] ، ككون الشفيع والمشترى جارين و بينهما قرابة وكون المشترى أدار حركة العين ادارة ملك ونقل التكليف لاسمه ودفع الأموال [٤] .

---

(١) دى هلتس نبذة ١٠٦ .

(٢) راجع استئناف أهلى ٢٦ فبراير ١٩٠٧ (دائرة أحمد زيور بك ومستر ألستون ومستر ايموس) الاستقلال ٦ ص ٢٤٤ المحاكم ٢٠ رقم ١٢٧ ص ٤٢٢٦ — وقد قرر هذا الحكم : لا يحتم القانون على المحكمة وجوب توجيه اليمين الى الشفيع عند طلبها بشأن علمه بالبيع ، بل الأمر موكول لسلطة المحكمة تتصرف فيه تبعا لما تراه من ظروف الدعوى .

(٣) استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) .

(٤) استئناف أهلى ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلتس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ الاستقلال ٢ رقم ١٠١ ص ١٣٦ . وقد قرر هذا الحكم أن للمحكمة أن تستنتج من تاريخ البيع وعلاقات الخصوم بعضهم مع بعض الوقت الذى لا بد أن يكون قد علم الشفيع فيه بالبيع والمدة التى تراها كافية فى حالة سكوته لرضاه بالبيع ، وتقضى اذ ذاك بسقوط حقه فى الشفعة أو بقائه .

راجع أيضا استئناف ١٠ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢٩٤ ، ٢٥ مارس ١٨٩٨ القضا ٥ ص ٢١٨ .

استئناف مختلط ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٥) ، ٦ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد قررت محكمة طنطا الابتدائية [١] أن مجرد وجود طالب الشفعة فى المنزل يوم البيع لا يكفى فى اعتباره عالما بالبيع و بالمشترى و بالثمن [٢] .

وكل ما لا يصدر عن أحد الخصوم أو لم يأذن به لا يكون حجة عليه ، ولذلك لا يصح الاستدلال على علم الشفيع بالبيع ورضاه به من مكاتبات متبادلة بين أشخاص آخرين تفيد ذلك [٣] .

وحكم بأنه لا يكفى علم وكيل الشفيع أو نائبه بالبيع لسقوط حق الشفيع اذا كان هذا الأخير يجهله [٤] .

وحكم أيضا بأنه لا محل لاحالة القضية على التحقيق لاثبات علم الشفيع بالبيع قبل الطلب بأزيد من خمسة عشر يوما اذا كان المشترى عرض على الشفيع تسليمه العين وطلب هذا الأخذ بالشفعة فى الميعاد القانونى ، لأنه بذلك يكون قد حدث ايجاب وقبول بنى عليهما تمام العقد ، وعليه فلا يصح للمشترى

= راجع أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد قضت محكمة أسيوط الابتدائية (١٨ يناير ١٩٢٨ ، دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى ، المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ ص ٤٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٧٣) بأن القرابة وحدها ليست بقرينة قاطعة فى مسألة العلم ، وخصوصا أن الشفيعة سيدة وقد تجهل مثل هذه التصرفات مدة من الزمن حتى يذاع أمرها ويعرفها سائر الناس ، لا سيما مع ما تمسكت به من أنها ليست مقيمة مع البائعين وكون البيع حصل فى أسيوط .

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظه) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٢) راجع دى هلتس نبذة ١٠٩ .

(٣) استئناف أهلى ٢٦ ديسمبر ١٨٩٨ (دائرة محمد مجدى بك ويحيى ابراهيم بك ومستر ألستون) الحقوق ١٤ ص ١ القضا ٦ ص ٧٣ .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) ، ٢ يونيه ١٩٠٤ (١٦ ص ٣١٣) الاستقلال ٤ ص ١٠٥ رقم ١٠٤ .

الرجوع فيما تم [١] .

٣٠٨ — طلب الشفعة اللاحق — طلب الشفعة اللاحق لا يعتبر متمما للطلب السابق ، فاذا جاء الطلب اللاحق بعد انقضاء المواعيد القانونية عليه باعتباره طلبا أصليا يكون قد سقط الحق فيه وغير مقبول لهذا السبب ، كما أن الطلب السابق يكون غير مقبول لعدم صحته قانونا [٢] .

٣٠٩ — الرجوع فى طلب الرغبة — اذا أبدى الشفيع رغبته وفقا للمادة ١٤ من قانون الشفعة ، هل يقيد بهذه الرغبة ، أم هل يجوز له أن يرجع فيها ؟ لا يوجد ما يمنع رجوع الشفيع عن طلبه ، وليس هناك ما يشكو منه المشفوع منه ، لأنه برجوع الشفيع عن طلب الشفعة يستبقى ملكا رغب هو فى شرائه . ولكن اذا قبل المشفوع منه طلب الشفيع ، وأعلم هذا الأخير برضائه ، فانه فى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يرجع لحصول تعاقد صريح بين الطرفين [٣] .

٣١٠ — تسجيل اعلان الرغبة [٤] — يشترط القانون اعلان طلب الشفعة ليترتب عليه آثاره بالنسبة للغير ، فقد يتعامل المشترى مع الغير رغم اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية ، وما دام أنه لا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة الذى يهددهم ، فان الحقوق التى حصلوا عليها تبقى صحيحة ، ولكن بعد تسجيل اعلان الرغبة لا يحتج بحقوقهم على الشفيع .

ويحصل التسجيل فى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار

---

(١) استئناف أهلى ٢٦ نوفمبر ١٩٠٥ (دائرة قاسم أمين بك ومستر ألستون وأحمد طلعت بك) الحقوق ٢١ ص ٨٤ .

(٢) ملوى ٨ يناير ١٩١٩ (القاضى موافى علام) الحقوق ٣٥ ص ٩٣ رقم ٣٤ .

(٣) فورچير ص ٣٢٤ — ٣٢٥ — دى هلتس نبذة ١٣٠ — ١٣٢ .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

اذا كان أحد أطراف الدعوى أجنبيا .

وقد نصت المادة ١٤ على الاكتفاء باجراء التسجيل بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار اذا كانت الشفعة بين وطنيين . ولأجل أن يكون اعلان الرغبة حجة على الغير (الدائنين المرتهنين والمشترين الخ) من الأجانب ترسل صورة من التسجيل الى قلم رهونات المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار لتجرى تسجيله ، ولا يحتج على الغير من تبعة الدول الأجنبية الا من تاريخ هذا التسجيل .

وعلى قلم كتاب المحاكم الأهلية ارسال الصورة . فاذا أهمل ولم يبعث بصورة التسجيل فلا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير من تبعة الدول الأجنبية، ويكون للشفيع حق مقاضاة قلم الكتاب

والظاهر أن التسجيل لا يمكن اجراؤه فى المحاكم الشرعية ، لأن القانون لم يذكر هذه المحاكم ، واقتصر فى المادة ١٤ على النص على اجرائه فى قلم رهونات المحكمة المختلطة ، وفى قلم كتاب المحاكم الابتدائية الأهلية .

٣١١ — ما يترتب على اعلان الرغبة من حيث تصرفات المشترى — فرق القانون فى المادة ١٢ بين التصرفات التى يجريها المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة ، والتصرفات التى يجريها بعد ذلك ، وجعل لكل حكما .

كذلك فرق القانون فى المادة ١٠ بين حكم البناء والغرس الحاصلين من المشترى قبل طلب الأخذ بالشفعة وحكم البناء والغرس الحاصلين بعده . وسنتكلم فى ذلك فيما بعد عند بيان ما يترتب على حق الشفعة .

٣١٢ — مقارنة اجراءات القانون بالاجراءات الشرعية — مما تقدم يرى أن اعلان الشفيع رغبته فى الشفعة على حسب القانون يقوم مقام طلبى المواثبة والاشهاد فى الشريعة الاسلامية ، وان كانت المواعيد والاجراءات تختلف .

أما رفع الدعوى الذى سنتكلم فيه فيما يلى فهو بمثابة طلب التملك والخصومة ،

والمدة الفاصلة بينه و بين اعلان الرغبة ثلاثون يوما ، كالمدة بين طلب الخصومة والتملك وطلب التقرير والاشهاد بحسب أحكام الشريعة .

ثانيا — رفع دعوى الشفعة

٣١٣ — القانون المدنى — لم يحدد القانون القديم ميعادا لرفع دعوى الشفعة بعد التقرير من الشفيع برغبته فى التمسك بها . على أن المحاكم كانت تقضى بأنه يتعين عليه رفعها فى أقرب وقت ممكن ، حتى لا يبقى المشترى طويلا تحت طائلة التهديد بالمطالبة بالشفعة [١] .

٣١٤ — قانون الشفعة — نص قانون الشفعة بعبارة صريحة فى المادة ١٥ منه على الآتى :

« ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عنه فى المادة الرابعة عشرة والا سقط الحق فيها [٢] » .

« La demande en préemption doit, à peine de déchéance, être introduite entre le vendeur et l'acquéreur devant le tribunal de la situation de l'immeuble dans le délai de trente jours à partir de la signification de l'acte prévue à l'article 14 ».

٣١٥ — من يرفع الدعوى — الذى يرفع الدعوى هو الشفيع [٣] .

---

(١) استئناف ١٣ يونيه ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٧ ص ٥١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٣ الحقوق ١٧ ص ٢٧٤ .

استئناف ١٩ نوفمبر ١٩٠١ (دائرة قاسم أمين بك ومسيو دى هلتس ومستر ساتو) المجموعة ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) .

(٣) دى هلتس نبذة ١٠٥ .

٣١٦ — الوكيل فى الادارة — يجوز للوكيل فى الادارة أن يشفع فى عقار باسم موكله ، لأنه ليس ممنوعا من أن يشترى لموكله بماله عقارا اذا رأى لموكله مصلحة فى ذلك ، خصوصا اذا أجاز الموكل عمل وكيله بعد رفع دعوى الشفعة ، لأن الاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة (١) . ولا حاجة لتوكيل خاص لتقديم طلب الشفعة (٢) .

---

(١) استئناف ٦ فبراير ١٩٢٢ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر مارشال وعطيه حسنى بك) المحاماة ٢ رقم ١٠١ ص ٣١٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٣ مجموعة ناصر ١٢٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم :

« وحيث وان كان الوكيل فى ادارة أشغال موكله ممنوعا أصليا من أعمال التصرف فى الأعيان الثابتة ، الا أنه اذا كان تصرفه هذا فيه مصلحة لموكله ، بحيث لو لم يعمل يعد مقصرا ، فيعتبر هذا العمل من أعمال حسن الادارة الواجب على الوكيل القيام به ، ولذلك يجوز له عمله باعتبار أنه داخل فى حدود توكيله ، كأن اشترى عقارا من مال موكله صفقة رابحة . هذا فضلا عن أن القانون لا يحرم على الوكيل فى الادارة الا التصرف بالبيع aliénation ، ولم يحرم عليه المشترى ، ولو كان خاصا بعقار ، خصوصا فى ذلك الوقت اللائق (انظر باندكت فرانسيه جزء ٣٧ نوتة ٤٨٧ و ٥١٦ ص ١٠٩٤ و ١٠٩٦) .

« وحيث ان الوكيل المذكور رفع باسم موكله دعوى الشفعة باعتبار أن فيها مصلحة له ، ولما كان الغرض منها أن يحل الشفيع محل المشترى ، فلا يمكن أن يعتبر فعل هذا من التصرفات المحظور عليه عملها بخصوص التوكيل السابق ذكره .

« وحيث فضلا عن ذلك فان (الموكل) حرر توكيلا مصدقا عليه بصفة رسمية بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٢٠ بمدينة باريس الى (الوكيل) صرح له فيه بأن يكون وكيلا شرعيا عنه ولاسمه فى تنفيذ كل العقود والمسائل والأشياء التى تكون ضرورية للمطالبة والحصول على حق الشفعة المذكور ، وقد أجاز له الأعمال السابقة التى أجراها بشأن هذه القضية وقد صادق ووافق على ذلك .

« وحيث من المقرر قانونا أن الموكل اذا أجاز وكيله على ما فعله خارجا عن حدود التوكيل فيكون عمله نافذا وصحيحا بهذه الاجازة ، فتصبح أعمال الوكيل الماضية نافذة من مبدئها كأن لم تشبها أدنى شائبة ، فالاجازة تسرى على الماضى ، كما وأنه من المقرر شرعا أن الاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة » .

(٢) مصر ١٣ فبراير ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ١٢ مجموعة ناصر ١٢٧٧ .

٣١٧ — هل لدائنى الشفيع رفع دعوى الشفعة؟ — دعوى الشفعة شخصية ، فليس لدائنى الشفيع رفعها تطبيقا للمادة ٢٠٢/١٤١ مدنى [١] ، وهذا هو الحكم أيضا فى القانون الفرنسى بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى retrait successoral [٢] .

٣١٨ — القاصر — هل يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة ؟ — راجع ما سيجىء نبذة ٣٥٤ .

٣١٩ — على من ترفع الدعوى؟ —تنص المادة ١٥ على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معا . والمشترى هو الخصم الحقيقى فى الدعوى ، ولكن قانون الشفعة قضى أيضا برفع الدعوى على البائع ، ولم يكن القانون المدنى يقضى بادخاله فى الدعوى ، بل كانت ترفع الدعوى ضد المشترى فقط [٣] . والحكمة التى قصدها الشارع من وجوب ادخال البائع فى دعوى الشفعة أن ادخاله من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه ، لأنه شرط فى صحة استعماله ، اذ أن طلب الشفعة بطبيعته هو طلب موجه فى الحقيقة ضد البائع والمشترى فى آن واحد ، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معا ، فان الشفيع بمقتضى المادة ١٣ من القانون المذكور « يحل بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق » ، فيتحول عقد البيع اذن من كونه بين البائع والمشترى الى كونه بين البائع والشفيع ، فتسقط حقوق البائع قبل المشترى ، ولا يمكنه أن يطالب بها الا الشفيع الذى حل محله ، ويصبح البائع له حقوق وعليه واجبات قبل الشفيع نفسه ، فيطالبه بالثمن ويضمن له المبيع ، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك . ويظهر مما تقدم أنه لا يجوز الحكم للشفيع بأحقيته

---

(١) دى هلتس ١٠٥ — فورچير ص ٣٢٦ .

(٢) بلانيول ٣ نبذة ٢٤٥٠ و ٩٦٨ .

(٣) استئناف مختلط ١١ مارس ١٨٩١ (٣ ص ٢٣٢) ، ٢٧ ابريل ١٨٩٣ (٥ ص ٢٠٨) .

بالشفعة التى هى فى الحقيقة طلبات موجهة ضد البائع كما هى ضد المشترى بدون ادخال البائع .

ومن ثم اذا كان البائع للعقار أجنبيا وجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة [١] .

واذا لم يعلن الشفيع المشترى أو البائع فى ميعاد الثلاثين يوما سقط الحق فى الشفعة [٢] .

٣٢٠ — ولا يشترط أن يعلن البائع والمشترى لنفس الجلسة [٣] .

٣٢١ — واذا رفعت دعوى شفعة على البائع فى الميعاد ، ولم تكن كذلك بالنسبة للمشترى ، فلا تعتبر صحيحة بالنسبة له ، لأن الأمر بين البائع والمشترى ليس من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الشأن فى الاستئناف ، كما أنه لا محل فى الشفعة لتطبيق قواعد تفسير العقود التى تغلب فيها الصحة على البطلان ، لأن الشفعة ليست عقدا ، وانما هى طريقة تمليك بحكم القانون ، فلا تجرى عليها أحكام العقود [٤] .

---

(١) طنطا الابتدائية استئناف ٢٤ فبراير ١٩١٤ (دائرة محمد ابراهيم بك ومستر فوكس وأحمد محمد خشبه بك) الشرائع ٢ رقم ٥٣ ص ٤٨ المجموعة ١٦ رقم ٩ ص ١١ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ١٨٨ .

دى هلتس نبذة ١٠٥ .

(٢) استئناف ٢١ مايو ١٩٣٠ (دائرة عبد العظيم راشد باشا ومحمود المرجوشى بك ويس أحمد بك) المحاماة ١١ رقم ٣٢ ص ٥٨ مجموعة ناصر ٤٧٣١ .

استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) ، ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يناير ١٩٠٣ (١٥ ص ١٢١) .

(٤) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٩ ورقم ٥٦٥٤ .

أسيوط الابتدائية ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ مجموعة ناصر ٤٧٣٠ .

٣٢٢ — واذا رفعت الدعوى بمقتضى اعلان المحضر الذى بموجبه أظهر الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة فانه لا ينبنى على ذلك بطلان الاجراآت ، اذ أن المادة ١٤ ، التى تفترض أن اعلان الرغبة يجب أن يسبق رفع الدعوى ، لم تقرر أن مخالفة ذلك ينبنى عليه البطلان (١) .

٣٢٣ — واذا رفعت دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، وتبين أن البائع الحقيقي غير المرفوع عليه الدعوى ، فليس ما يمنع الشفيع من رفع الدعوى من جديد فى الميعاد القانونى من تاريخ علمه بالبائع الحقيقى على الأخير والمشترى نفسه ، ولا يجوز للمشترى فى هذه الحالة الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها ، لاختلاف البائع فى الدعويين (٢) .

٣٢٤ — ***محل الاعلان*** — المحل الذى أوجب القانون صحة الاعلان فيه هو المركز الشرعى المنسوب للانسان الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وايفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، ولو لم يكن حاضرا فيه بعض الأحيان أو أغلبها ، أو أنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه . فاذا كان المعلن اليه موظفا ومقيما بعيدا عن بلدته الأصلية ، وثبت للمحكمة من الأوراق المقدمة فى الدعوى أن له فى بلدته محلا ينطبق عليه هذا التعريف ، فالاعلان الذى يحصل فيه صحيح (٣) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا ترك المشترى محل اقامته

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٠٩) ، ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) .

راجع ما تقدم نبذة ٢٧٥ .

(٢) استئناف ٢ يناير ١٩٢٨ (دائرة أحمد طلعت باشا وحافظ لطفى باشا ومحمد عبد الهادى الجندى بك) المحاماة ٨ رقم ٣٢٧ ص ٥٠٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٧ مجموعة ناصر ٤٧٣٤ .

(٣) استئناف مصر ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم ٩٢ ص ١٧٤ .

الموضح لعـقد البيع ، من غير أن يترك عنوانه الجديد ، فانه يجب على الشفيع أن يعلنه بطلب الشفعة فى النيابة فورا ، والا سقط حقه لو ترك الميعاد يسرى [(١)] .

٣٢٥ — وحكم بأنه اذا تعمد البائع تجهيل الشفيع اسم المشترى منه ، ثم دفع دعوى الشفعة بعدم قبولها بناء على أنها لم ترفع على المشترى منه ، كان دفعه غير صحيح ، لأنه ليس له أن ينتفع بغشه وتضليله [(٢)] .

٣٢٦ — بيع المشترى العين المشفوعة ورفع الدعوى على المشترى الثانى — تقضى المـادة الخامسة عشرة بوجوب رفع دعوى الشفعة على البـائع والمشترى ، كما تقضى المـادة التاسعة بأن العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة وتسجيله لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها [(٣)] .

وتدل هذه المادة بمفهوم المخالفة على أنه اذا باع العين مشتريها بعـد تقديم طلب الشفعة وتسجيله فان دعوى أخذها تقام على المشترى الأول بالشروط التى اشترى بها .

وقد قضت محكمة النقض بناء على ذلك بأنه اذا باع المشفوع منه العقار الى أجنبى بعد رفع دعوى الشفعة أمام المحكمة ، فان هذا البيع لا يقتضى ترك الدعوى الأهلية ، ورفع دعوى أمام المحـكمة المختلطة ، ولا ادخال المشترى الأجنبى أمام المحكمة الأهلية . ولـكن اذا أدخل المشترى الأجنبى للحكم فى مواجهته بطلبات

---

(١) اسـتئناف مختلط ٥ فبراير ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٥٢ ص ١٠٢٠ الجـدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٩ .

(٢) استئناف ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص١٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٨ مجموعة ناصر ٤٧٣٢ .

راجع أيضا استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل وعبد الخالق ثروت بك) الاستقلال ٦ ص ١٤٨ الحاكم ٢٠ ص ٤١٣٠ الحقوق ٢٣ ص ٩٩ المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ مجموعة ناصر ١٢٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ٦ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) .

المدعى ، فدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فانه يجب على المحكمة الأهلية أن تأخذ بهذا الدفع — فى حق الأجنبى — وأن تقصر حكمها على ما يتعلق بطلبات الخصوم الوطنيين ودفاعهم فقط ، فان قضت فى الطلبات الموجهة الى المشترى الأجنبى ، كان حكمها واجب النقض ، بالنسبة لهذا المشترى [1] .

٣٢٧ — تعدد البائعين أو المشترين — اذا رفع الشفيع فى الميعاد القانونى دعوى شفعة على بعض بائعى عقار ، وهو لا يعلم بوجود غيرهم ، ثم أدخل باقى البائعين فى الدعوى عند ما علم بوجودهم ، فالدعوى صحيحة ولو كان أدخل الآخرين بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما [2] .

واذا كان موضوع الشفعة قطعة أرض قابلة للقسمة المادية ، واشتراها عدة أشخاص باعتبار حصة لكل منهم ، فان اعلان الشفعة الحاصل لبعض المشترين فقط لا يكون له تأثير بالنسبة لباقى المشترين ، ولو أن الاعلان يشير الى قطعة الأرض جميعها ، اذ لا يمكن اعتبار الدعوى غير قابلة للانقسام [3] .

واذا بيع عقار على الشيوع لشخصين ، وكانت الشفعة ، بناء على المادة ١١ من قانون الشفعة ، لا يمكن استعمالها الا فى العقار جميعه ، فان الدعوى لا تكون صحيحة الا اذا رفعت فى الميعاد القانونى على المشتريين الاثنين ، فاذا أعلن أحدهما فقط فى الميعاد سقط حق الشفيع بالنسبة للكل [4] .

٣٢٨ — هل يصح رفع الدعوى على الوكيل — قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اعلان الشفعة للبائع بورقة تعلن لوكيله باطل ، ولو كان الوكيل مأذونا بالحضور عنه أمام القضاء ، لأن اعلان هذه الورقة خاضع للقانون

---

(١) نقض ٩ يونيه ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٧ .

(٢) استئناف ٦ ابريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر رويل ومستر ساتو) المجموعة ٦ رقم ١٠١ ص ٢١٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٦ مجموعة ناصر ١٢٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢ ابريل ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٨) .

(٤) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) .

العام ، ولأن التوكيل المذكور لا يسوغ الخروج على القواعد الأصلية فى قانون المرافعات التى هى من النظام العام [1] .

وقضت أيضا بأن اعلان الشفعة الى وكيل البائع ، الذى لا يخوله توكيله صفة الحضور عن موكله أمام القضاء ، باطل . وادخال البائع فى الدعوى بعد ان اكتسب المشفوع منه الحق فى السقوط لا يترتب عليه ازالة هذا السقوط [2] .

٣٢٩ — المطالبة بتعويض لخطأ المحضر فى اعلانه عريضة الدعوى — رفعت المدعية دعوى على الحكومة وأحد مندوبى المحضرين بطلب تعويض ما لحقها من الضرر بسبب عدم مراعاة هذا المندوب للاجراآت اللازمة وفقا للمادة ١٣ مرافعات (التى تقضى باعلان الصور للخصوم بحضور شاهدين يوقعان على الأصل والصور) عند اعلانه عريضة دعوى الشفعة ، وترتب على ذلك سقوط حقها فى الشفعة ، فدفع المدعى عليهم دعواها بأن حقها سقط على أى حال بفعلها . والمحكمة قررت : أن ليس لها الا أن تتحقق من الوقائع التى تثبت تولد حق الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها فى حقوق الخصوم فى دعوى الشفعة ، كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى الى المحكمة ، وانما عليها أن تحكم بتعويض اذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفيعة فى دعواها . وجاء فى الأسباب :

« وحيث ان محكمة أول درجة رفضت التعويض لأنها اعتبرت أن حق الشفعة ساقط للسببين الموضحين آنفا ، وهما : أولا علم الشفيعة بمشترى المشترى والرضا به ، وثانيا اظهار الرغبة فى بيع حصتها الى المشترى .

« وحيث ان هذين السببين هما من أدلة الثبوت التى تترك عادة بالنسبة لقوتها وضعفها الى تقدير القاضى وفطنته ودرجة اقتناعه منها ، لأنه يجوز أن ما يراه قاض فى مثل تلك الأدلة لا يراه قاض آخر فيها .

« وحيث انه لا يمكن رفض التعويض الا اذا كان حق الشفعة باطلا بطلانا

---

(١) استئناف مختلط ٩ يناير ١٩٠٨ (٢٠ ص ٦١) .

(٢) استئناف مختلط ٩ يونيه ١٩٢٥ (٣٧ ص ٤٨١) .

جوهريا ، كأن يكون الشفيع غير شريك فى العقار المشفوع فيه أو غير مجاور له مثلا ، ولكن هذين السببين لا يكفيان لرفض التعويض ، لأنهما ليسا من الأسباب الجوهرية لسقوط حق الشفعة . هذا فضلا عن أنهما منسوبان الى وكيل الشفيعة لا اليها ، وقد يجوز أن المحكمة كانت تجد فى تصرفات الوكيل لأى سبب كان ما يدعو الى الحكم بعدم سقوط حق الشفعة ، ومع ذلك فقد رأت هذه المحكمة من وقائع هذه الدعوى ترجيح أن الست . . . كانت تكسبها .

« وحيث من ذلك ترى المحكمة أن للشفيعة حقا فى التعويض ، وأن الحكومة ملزمة بتعويض هذا الضرر مع مندوب المحضر ، لأنها مسئولة قانونا عن تعويض الضرر الذى يقع بفعل موظفيها[١] » .

٣٣٠ — ميعاد التكليف بالحضور — قضت المادة ١٥ من قانون الشفعة بسقوط الحق فى الأخذ بالشفعة اذا لم ترفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الشفيع رغبته الأخذ بالشفعة وفقا للمادة ١٤ [٢] .

٣٣١ — احتساب الميعاد — لا يحتسب آخر يوم اذا كان من أيام العيد أو البطالة ، فقد جاء فى المادة ١٨ مرافعات « اذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عيد يصير امتداد الميعاد الى اليوم الذى بعده » [٣] .

واذا كان ختام الميعاد أكثر من يوم عيد واحد فلا يعطى صاحب الحق فى الميعاد الا يوما واحدا بعد نهاية العيد لعمل الاجراء المطلوب ، وهذا اليوم يقوم مقام أيام العيد جميعها ويكمل الميعاد .

وهذه القاعدة لا وجود لها فى القانون ، وانما جاءت تأويلا للمادة ١٨

---

(١) استئناف ١٧ ابريل ١٩١٠ (دائرة محمد صدقى بك ومستر رويل ومستر ايموس) المجموعة ١١ رقم ١٣٤ ص ٣٦٦ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ١١٩٨ .

(٢) مصر الابتدائية استئنافى ٣١ مايو ١٩٠٤ (دائرة اسكندر عمون بك ومستر ايموس والقاضى عثمان غالب) الاستقلال ٣ ص ٣٢٦ رقم ٤٤٦ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٠٢ .
طنطا ١٠ يونيه ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ١٧٠ مجموعة ناصر ١٢٦١ .

مرافعات بمفهوم المخالفة a contrario تأويلا محددا لمدلول المادة ١٨ نفسها ، بمعنى أن هذه القاعدة تبين أن ما قصد الابدال منه هو اليوم الأخير وحده أيا كان نوع الأيام السابقة عليه ، ولو كان الأمر على غير ذلك لجاز لمن كان له ميعاد انتهى بيوم غير يوم عيد وسبقه أربعة أيام عيد أن يطلب أربعة أيام أخرى ، كما يجوز أن يجاب المدعى الى طلبه أن يبدل من الأربعة الأيام العيد أربعة أيام عاملة أخرى ، ولم يقل بذلك أحد . ويجب أيضا أن تراعى الحكمة التى دعت الى وضع المادة ١٨ ، وهى ضرورة تمكين صاحب الحق فى الاعلان من اجراء الاعلان اذا خطر له حتى آخر يوم فى الميعاد القانونى خاطر استعمال حقه . ولما كانت القاعدة أن الضرورات تقدر بقدرها كان اليوم الواحد كافيا ، سواء كان العيد هو آخر يوم فى الميعاد أم كان آخر ثلاثة أيام فيه ، اذ أنه ليس ما يمنع صاحب الحق من التفكير فى استعمال حقه طول أيام العيد ، لأن أيام العيد تصلح للتفكير ، كما تصلح له الأيام الأخرى ، فاذا صحت عزيمته على ذلك الاستعمال فى آخر يوم من أيام ميعاده ، واتفق أنه كان آخر يوم عيد ، أعطى له القانون الزمن اللازم لتمكينه منه ، ولا عبرة بالأيام السابقة عليه ان كانت أياما عاملة أو عاطلة (١) .

٣٣٢ — ومدة الثلاثين يوما ليست مدة تقادم ، بل هى مدة سقوط ، ولا تقبل الانقطاع ولا الوقف ، وتسرى ضد الغائبين ومن ليس أهلا للتصرف (٢) .

٣٣٣ — ويجب اعلان ورقة افتتاح الدعوى الى كل من البائع والمشترى فى الميعاد المذكور ، والا سقط الحق فى الشفعة . ومع ذلك لا يسقط هذا الحق اذا كان عدم الاعلان لأحدهما فى الميعاد القانونى ناشئا عن غش حصل منه

---

(١) طنطا الابتدائية القضية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ المتقدم .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٠٢ ، وما سيجىء نبذة ٣٣٥ و ٣٢٧ — ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٧٧ .

كما تقدم [١] .

٣٣٤ — **مواعيد المسافة** — لا حق للشفيع فى ميعاد للمسافة فوق الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٥ ، لأن طبيعة الشفعة ونظر الشارع لها يجعلان السكوت عن ذكر المسافة فى المادة ١٥ من قانونها ، مع ذكرها فى المادة ١٩ ، ذا معنى خاص يخرج مسألة المسافة فى الشفعة عن القاعدة العامة التى قررها قانون المرافعات فى المادة ١٧ ، ويسقط الحق فى ميعاد خاص للمسافة فوق ميعاد الثلاثين يوما كالمنصوص عليه فى المادة ١٥ من قانون الشفعة . ولو كان أراده لكان النص عليه هنا أدعى لتقدم المادة ١٥ على المادة ١٩ [٢] .

٣٣٥ — **عدم قيد الدعوى** — اختلف فيما اذا كانت دعوى الشفعة

---

(١) استئناف ٢٤ مارس ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل وعبد الخالق ثروت بك) المجموعة ٩ رقم ١٥ ص ٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٨ .

وقد جاء فى هذا الحكم :

« وحيث ان القانون أراد أن ترفع الدعوى على المشترى وعلى البائع فى الميعاد المحدد ، وقضى بسقوط الحق ان لم ترفع .

« وحيث ان رفع الدعوى على البائع فى الميعاد لا يترتب عليه اعتبارها مرفوعة على المشترى كما ذهبت اليه المحكمة الابتدائية ، وخصوصا أن المشترى هو الخصم الحقيقى فى الدعوى .

« ولكن حيث انه يتبين من مراجعة أوراق الدعوى أن المحضر لما أراد أن يعلن المشترى بطلب الحضور فى نفس اليوم الذى أعلن فيه البائع ، أى فى الميعاد القانونى ، أخبر من العمدة أن المشترى لم يكن مقيما فى البلد ، وهذا الاقرار غير صحيح لأن المحضر لما توجه الى البلد مرة ثانية لاعلان المشترى وجده مقيما فى البلد وسلمه الاعلان بعد الميعاد .

« وحيث يظهر من ذلك أن المستأنف استعمل غشا لعدم وصول الاعلان اليه فى الميعاد ، وهذا الغش لا يصح أن يستفيد منه ، ولا يقبل منه أن يتمسك بأن طلب الحضور وصل اليه متأخرا بعد أن ثبت أنه هو المتسبب فى عدم وصوله اليه فى أول مرة فى الميعاد ... » .

(٢) طنطا الابتدائية رقم ٥٣٠ سنة ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى عفيفى عفت والقاضى صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٧٧ ص ٤٠١ مجموعة ناصر ١٢٦٢ .

أسيوط استئنافى ١٨ يناير ١٩٢٨ (دائرة عبد الفتاح السيد بك والقاضى أحمد نصرت والقاضى حسين لطفى) المجموعة ٢٩ رقم ٦٠ ص ١٣٢ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص ٤٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٣٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٨ .

تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . فرأى بعض المحاكم (١) أن عدم قيد الدعوى فى الجدول لا يمنع التكليف بالحضور من أن ينتج جميع نتائجه القانونية ، فان الدعوى تعتبر قائمة رغم عدم قيدها . وكما أنه يترتب على التكليف بالحضور ولو لم تقيد الدعوى فى اليوم المعين فيه سريان الفوائد وقطع المدة فى سقوط الحق ، كذلك يجب اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة فى الميعاد متى وصل طلب الحضور الى المدعى عليه فى مدة الثلاثين يوما .

ونحن نرى ، مع بعض آخر من المحاكم ، أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة يسقط اذا رفع دعواه فى مدة الثلاثين يوما المنصوصة فى المادة ١٥ ولكن لم يقيدها فى خلال هذه المدة ، اذ يجب أن ترفع الدعوى بصفة جدية فى الميعاد الذى حدده القانون (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ٣٣٢ .

استئناف أهلى ٥ يناير ١٩٠٦ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص ٢٩٥ مجموعة ناصر ١٢٧١ .

استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) .

(٢) ملوى الجزئية ٣ نوفمبر ١٩١٩ (القاضى سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢١ رقم ٣٦ ص ٦١ مجموعة ناصر ١٢٧٣ :

« حيث ان قانون الشفعة قانون ضيق ألزم فيه الشفيع باتخاذ اجراآت سريعة لاثبات رغبته الحقيقية فى الأخذ بالشفعة ، كالزامه بوجوب عرض الثمن فى ميعاد معين ، وكالزامه بوجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين ، وهو ثلاثون يوما من تاريخ ابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة وعرض الثمن .

« وحيث انه يؤخذ من ذلك أن الغرض من رفع الدعوى المنصوص عنه فى المادة ١٥ من قانون الشفعة هو الدعوى التى تقيد فعلا ، لا الدعوى التى يرفعها الشفيع فى الميعاد ولا يقيدها » .

أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٢٩ : ان المدد المقررة فى الشفعة هى مدد سقوط ، لا تقادم ، لأن حق الشفعة حق ناقص غير كامل ، فلا بد له من اجراآت . والحق معلق وجوده نهائيا عليها . فاذا لم يحصل فى المدة المعينة زال الحق المعلق عليها . وعليه فلا تقبل المدد ايقافا ولا قطعا ، فاذا رفعت الدعوى ولم تقيد بالجدول فلا يجوز اعتبار مجرد رفعها ، أى تحرير عريضة الدعوى ودفع ربع الرسم عليها واعلانها للبائع والمشترى سببا كافيا لقطع مدة الاجراآت ، وهى مدة الثلاثين يوما ، فيسقط حق الشفيع اذا رفع الدعوى فى مدة الثلاثين يوما المنصوص عليها فى المادة ١٥ ولكن لم يقيدها فى بحر هذه المدة .

=

٣٣٦ — تقدير القيمة من حيث الاختصاص — الأصل فى دعاوى الشفعة أن يؤخذ بعقدها ، ولهـذا فتقدير قيمتها القضائية من حيث الاختصاص يكون بمقتضى الثمن الوارد فى العقد . فاذا كان الثمن الحقيقى الذى هو أقل مما ذكر فى العقد يجعله من اختصاص القضاء الجزئى ، فى حين أن الثمن المذكور فى العقد خلافا للحقيقة يجعله من اختصاص القضاء الـكلى ، فيـكون القضاء الـكلى هو المختص مراعاة للعقد ، ويجب الطعن فى الثمن أمامه ، لا أمام سواه [١] .

٣٣٧ — انقطاع مدة سقوط الحق ورفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة [٢] — قضت المحاكم بأن المدد المعينة لسقوط الحق أو للتقادم قد تنقطع

= وجاء فى أسباب الحـكم :

« وحيث ولو أنه لم يمض بين اعلان المدعى عليه الأول والقيد مدة تزيد عن الثلاثين يوما ، غير أن المعلن اليه المذكور أحد البائعين ولم يحصل القيد فى الميعاد بالنسبة للمشترى والبائع الآخر فلا يمكن أن تعتبر صحيحة بالنسبة للآخرين ، والمشترى هنا هو الخصم الحقيقى فى الدعوى ، ولا يمكن اعتبار الأمر هنا بين أحد البائعين والمشترى من نوع حالات عدم التجزئة التى تغلب فيها الصحة على البطلان كما هو الحال فى تعـدد البائعين ، ومتى كان الحق قد سقط بالنسبة للمشترى سقط بالنسبة للآخرين ولا يمنع من ذلك حصوله فى الميعاد بالنسبة لأحد البائعين» .

راجع كذلك بنى سويف ٦ نوفمبر ١٩١٧ ، وقد تأيد استئنافيا فى ١٠ ابريل ١٩١٨ الشرائع ٦ رقم ٢٢ ص ١٣٠ مجموعة ناصر ١٢٧٢ .

استئناف مختلط ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) .

(١) عابدين ٢٠ فبراير ١٩٠٥ (القاضى أحمد قمحة) الحقوق ٢٠ ص ١٨٧ رقم ٦٤ .

راجع استئناف مصر الأهلية ٢٢ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد محرز باشا وعلى جلال بك وعبد العزيز محمد بك) المحاماة ٦ رقم ١٠٢ ص ١٤٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٤ مجموعة ناصر ٤٧٣٧ : اذا رفعت دعوى الشفعة فى بحر الثلاثين يوما أمام محكمة كانت مختصة فى الأصل وقت رفعها ، ثم حكم بعدم الاختصاص لطروء طوارىء حادثة أخرجت القضية من اختصاصها ، كان للشفيع تجديدها أمام المحـكمة المختصة . ولا يقبل من المشفوع منه الدفع بأن دعوى الشفعة رفعت بعد مرور الثلاثين يوما . (كانت الدعوى رفعت ابتداء على المشترى الأول الى محكمة عابدين الداخل فى دائرة اختصاصها العقار المشفوع ، وقيمته فى عقد المستأنف لا تتجاوز اختصاصها ، ولم تحكم هذه المحـكمة بعدم اختصاصها الا لما أدخل فيها المستأنف عليه الأخير الذى زعم أنه اشترى العقار المشفوع من المشترى الثانى بثمن يخرجها عن اختصاص المحـكمة ، ودفع بعدم اختصاصها) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٣٢ .

ببعض الاجراآت ، على أن هذا الانقطاع وان كان له نصوص خاصة فى القانون الفرنسى ، فانه ليس له نص فى القانون المصرى ، فيجب أن يجرى العمل بمقتضى المبادىء القانونية العامة . ففى القانون الفرنسى تنقطع المدة برفع الدعوى الى محكمة غير مختصة فى حالة التقادم prescription ، وذلك بنص فى القانون خاص بذلك (مدنى فرنسى ٢٢٤٦) ، ولكن لم يرد فيه نص مثيل له فى باب السقوط déchéance ، ولذلك اختلف القضاء الفرنسى فى حل هذه الحالة [١] . ولما كان القانون المصرى خاليا من أى نص بهذا الشأن فى الحالتين ، فانه لا يسوغ التمييز بينهما فيما يتعلق بانقطاع المدة ، لأن صاحب الحق فى كلتا الحالتين يعمل كل ما فى استطاعته للوصول الى تقرير حقه ، ومسائل الاختصاص هى فى الواقع من المسائل الفنية التى قد تغيب عن الخصوم وتلتبس على وكلائهم ويختلف فيها القضاء . ولما كان أساس ضياع الحقوق بالتقادم والحرمان منها بفوات مدة قررها القانون هو الاهمال الذى يشعر بتركها ، ولا اهمال عند رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، بل هنالك خطأ يكون فى غالب الأحيان مغفورا ، لذلك يكون رفع دعوى الشفعة الى محكمة غير مختصة قاطعا لمدة الثلاثين يوما المقررة لسقوط الحق فيها [٢] .

---

(١) تعليقات دالوز على المادة ٢٢٤٦ نبذة ١٢ — ١٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد وحسن رفعت وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة ٩٧٧ الحقوق ٣٣ ص ٢٢٦ مجموعة ناصر ١٢٦٩ .

استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زيور بك) الاستقلال ٥ ص ١٣٣ رقم ٨٧ .

استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حقى بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ مجموعة ناصر ١٢٧٠ .

بنى سويف استئنافى ٣٠ مايو ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومحمد عثمان الفندى وعلى سرى) المحاماة ٢ رقم ٨٥ ص ٢٧١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣١ مجموعة ناصر ١٢٩٤ : اذا كان واجبا على الشفيع أن يرفع دعواه فى الثلاثين يوما التالية —

وقد حكم بأنه اذا كان الشفيع قــد رفع دعواه أمام محكمة غير مختصة ،

= لاظهار رغبته فى الشفعة فان رفع الدعوى خطأ أمام محكمة غير مختصة يقطع هــذه المدة . فلا يدخل فى حسابها الا الأيام السابقة على رفع الدعوى أمام المحــكمة غير المختصة والأيام التالية لحــكم عدم الاختصاص (!) . ويلاحظ على هذا الحــكم أنه خلط بين أحكام انقطاع المدة وأحكام وقفها .

استئناف ٣١ مارس ١٩٢٤ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان وعلى جلال بك) المجموعة ٢٦ رقم ٩٧ ص ١٧١ مجموعة ناصر ٤٧٣٦ : اذا رفعت دعوى الشفعة فى المواعيد المقررة فى المادتين ١٥ و ١٩ من قانون الشفعة ، وحكمت المحــكمة الجزئية بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل اعادة رفع الدعوى أمام المحــكمة الــكلية ، فانه لا يمكن التمسك بسقوط الحق فى اعادة رفع دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دامت هذه المدة لم تمض على الميعاد المنصوص عنه فى المــادة ١٧ من قانون الشفعة لاستئناف حكم عدم الاختصاص .وقد جاء فى أسباب الحــكم :

« وحيث ان الميعاد المنصوص عنه فى المادة الأولى هو ١٥ يوما بين تاريخ العلم بالبيع واعلان الرغبة فى أخذ العين المبيعة بطريق الشفعة ، وقد وقع البيع فى هذه القضية بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٢٢ (تاريخ ثابت فى ٣١ منه) ، وأبدى المستأنف رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ١٣ يونيه . وحيث فيما يتعلق بالميعاد المنصوص عنه فى المــادة ١٥ فقد رفعت الدعوى فى ظرف الثلاثين يوما اللاحقة لتاريخ ابداء الرغبة فى الشفعة ، اذ أن اعلان الدعوى حصل فى ١٢ يوليه سنة ١٩٢٢ . وحيث انه بعد رفع تلك الدعوى أمام المحــكمة الجزئية قد حكم فيها فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ بعدم الاختصاص ، ومضى أكثر من ثلاثين يوما قبل اعادة رفع الدعوى أمام المحــكمة الــكلية فى ١٩ ديسمبر ، ولــكنه يستحيل التمسك بسقوط حق المستأنف فى دعوى الشفعة لمضى مدة الثلاثين يوما ، ما دام لم يمض على الميعاد المنصوص عنه فى المادة ١٧ لاستئناف حكم عدم الاختصاص كما قد كان له الحق فى أن يقبل حكم عدم الاختصاص ويرفع دعواه من جديد الى المحــكمة الــكلية كما فعل طالما لم يكن مضى ميعاد الاستئناف على الأقل» .

بنى سويف الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٩ (دائرة القضاة زكى خير الابوتيجى وأبو بكر صادق وأحمد راغب دكرورى) المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ مجموعة ناصر ٤٧٣٨ : من المبادىء المقررة أن رفع الدعوى أمام القاضى غير المختص يقطع المدة ، واذا رفعت دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى الى محكمة قضت بعدم اختصاصها فلا يسقط الحق فيها بمضى الميعاد ، بل تبتدىء من يوم الحــكم النهائى بعدم الاختصاص .

وحكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا رفعت دعوى الشفعة أمام القضاء الأهلى ، وقضى فيها بعدم الاختصاص فان ميعاد الثلاثين يوما لرفع الدعوى أمام المحاكم المختلطة يبدأ من النطق بالحــكم بعدم الاختصاص وليس من اعلانها : ٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

وحكم بعدم اختصاص المحكمة بالفصل فى هذه الدعوى ، وسكت بعد صدور حكم عدم الاختصاص مدة تزيد على شهر ولم يستأنفه ، فيسقط حقه فى الشفعة ، لأن هذا يدل على قبول ذلك الحكم ، ولا يلتفت لعدم اعلان الحكم المذكور ، لأنه قبله ونفذه ، فلا يسقط بتقديم الدعوى الى المحكمة المختصة (١) .

٣٣٨ — الحكم بابطال المرافعة — اذا رفعت دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى ، وحكم فيها بابطال المرافعة لعدم حضور المدعى ، فلا يجوز له تجديد طلب الشفعة اذا كانت مدة الثلاثين يوما مضت من تاريخ اعلانه باظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة ، لأن حكم ابطال المرافعة يمحو أثر جميع اجراآت المرافعة بما فيها صحيفة الدعوى (٢) .

٣٣٩ — المسائل الفرعية — ان المسائل الفرعية التى لا تتعلق بأوجه الدفع الابتدائية المبينة فى المادة ١٣٣ مرافعات ، كطلب عدم قبول دعوى الشفعة لعدم ادخال البائع فيها ، لا تسقط بطلب الميعاد لاستحضار مستندات .

على أن طلب الميعاد لاحضار مستندات لا يسقط الحق أبدا فى أى دفع ولو كان ابتدائيا اذا كان الغرض من هذه المستندات التمسك بها على صحة ذلك الدفع (٣) .

٣٤٠ — تصحيح الشكل — اذا طلب الشفيع العين المشفوعة محدودة ،

---

(١) استئناف ٢٦ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك ومستر برى وأحمد زيور بك) الاستقلال ٥ ص ١٣٣ رقم ٨٧ .

(٢) طنطا الابتدائية استئنافى ١٥ يناير ١٩٠٧ (دائرة أحمد عابدين بك وحسن حسنى بك والقاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ١١٢ ص ٢٣٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٥٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٨٤ مجموعة ناصر ١٢٩٥ .

أبنوب الجزئية ٢٤ اكتوبر ١٩٢٢ (القاضى محمود فؤاد) المجموعة ٢٥ رقم ١٩ ص ٢٥ مجموعة ناصر ٤٧٣٥ .

(٣) استئناف ٢٥ ابريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زيور بك) الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ .

ثم عدل الى طلبها مشاعا ، فلا يعتبر هذا تغييرا لشكل الدعوى ، بل يعتبر تصحيحا لها جائزا قانونا ، اذ أن الشفعة لم تتغير الى وصف آخر ، بل ما زالت شفعة (١) .

٣٤١ — دخول خصم ثالث — يصح دخول شخص ثالث بصفته شفيعا فى دعوى شفعة ، دون أن يكون ملزما بمراعاة قواعد القانون الخاصة المقررة لاقامة دعوى الشفعة (٢) ، انما يشترط لقبوله فى الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد الأسباب المسقطة للشفعة (٣) .

٣٤٢ — تنازل المشترى عن الصفقة بعد رفع الدعوى — اذا تنازل المشترى عن الصفقة بعد رفع دعوى الشفعة فلا يؤثر ذلك فى حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة (٤) .

٣٤٣ — الحكم بوجه السرعة — دعاوى الشفعة من القضايا المستعجلة . وقد جاء فى المادة ١٦ :

« ويحكم فيها دائما على وجه السرعة » .

« Elle sera toujours jugée d'urgence ».

٣٤٤ — عدم قبول المعارضة فى الأحكام الغيابية — نصت المادة ١٧ على أنه :

---

(١) استئناف ٢٠ يونيه ١٨٩٨ (دائرة أحمد فتحى بك ومسيو لدبلاديو وأحمد عرفان بك) الحقوق ١٤ ص ١٣٩ رقم ٦٦ .

(٢) استئناف ٢٥ أبريل ١٩٠٥ (دائرة سعد زغلول بك وأحمد موسى بك وأحمد زيور بك) المجموعة ٧ رقم ١٨ ص ٣٨ الاستقلال ٤ رقم ٣١٠ ص ٣٢٥ مجموعة ناصر ١٢٧٥ .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٩٥ .

(٤) بنى سويف الابتدائية ١٥ ابريل ١٩١٧ (دائرة مصطفى فهمى بك والقاضى محمود شوقى والقاضى مراد كامل) الشرائع ٤ رقم ١٥٠ ص ٥٠٥ مجموعة ناصر ١٣٣٩ . وجاء فى الحكم : « وحيث ان حق الشفعة يتولد بمجرد البيع ، ويثبت قبل المشترى باعلانه رغبته الأخذ بالشفعة ، فلا يمحوه تقايل المشترى والبائع بعده ، لأنه حق تعلق بالشفيع وحده ، ولا يؤثر فيه اتفاق هو غريب عنه ، والا لأصبحت الاقالة حيلة لاسقاط ذلك الحق » .

« لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة .

وميعاد استئنافها ١٥ يوما من يوم اعلانها [١] » .

« Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition.

Le délai d'Appel sera de quinze jours à partir de la signification du jugement ».

٣٤٥ — **ميعاد الاستئناف** — قضت المادة ١٧ من قانون الشفعة المتقدم ذكرها بوجوب رفع الاستئناف فى دعوى الشفعة فى ظرف الخمسة عشر يوما التالية ليوم اعلان الحكم [٢] .

وقد حكم بأن انقاص ميعاد الاستئناف الى خمسة عشر يوما لا يطبق الا فى موضوع الشفعة نفسها ، فلا يطبق بالنسبة للدعوى التى يرفعها الشريك مطالبا بالغاء بيع حصة شائعة فى العقار اذا لم تشمل الدعوى طلب الشفعة الا كطريق

---

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ المحاكم ٢٠ رقم ٦٨ ص ٤١٦١ .

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المادة ١٧ تقضى بعدم قبول المعارضة فى أحكام الشفعة ، ولكنها لا تتعدى ذلك مطلقا ، وعليه فاذا قامت خصومة بين طالب الشفعة والمطلوبة منه على أمور ثانوية لا علاقة لها بموضوع الشفعة ، ولكنها ناتجة عنه ، كاختلافهما على قيمة الثمن والمصاريف وكيفية دفعها ، فكل الأحكام فى هذه الأمور تجوز المعارضة فيها وفقا للقاعدة القانونية العامة . على أنه لا يجوز الرجوع الى أمر الملكية والمقاضاة عليها ما دام الحكم بالشفعة لأحد المتخاصمين قد قضى فى هذا الأمر نهائيا ، وأن الرجوع الى مثل هذا يعد نقضا لقوة الشىء المحكوم به ويجب رفضه (استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٨٣) الاستقلال ٤ ص ٢٤٨ رقم ٢٦٠) .

(٢) استئناف ١٩ مايو ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الاستقلال ٣ رقم ٢٧١ ص ١٦٥ .

استئناف ١٧ ابريل ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر رويل ومستر سانو) الاستقلال ٥ رقم ٢٥ ص ٢٢ مجموعة ناصر ١٢٨٤ .

راجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حق بك) المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص ١٤٢ : لا يسقط الحق فى رفع الاستئناف اذا رفع بعد ميعاده بسبب وقف المواعيد القانونية بناء على منشور السلطة العسكرية .

وما تقدم نبذة ٣٣٧ .

احتياطى voie subsidiaire فى حالة تأييد البيع [1] .

٣٤٦ – اعلان البائع والمشترى فى الاستئناف — فى مواد الشفعة يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى طلبه لهما كتابة على يد محضر فى الميعاد القانونى ، والا سقط حقه فى الشفعة . وكذلك الأمر عند استئناف حكم الشفعة ، فان الاستئناف ، ليكون مقبولا شكلا ، يجب أن يعلن لكل من البائع والمشترى فى ميعاد الاستئناف ، والا كان باطلا [2] .

وقد حكم بأنه اذا أهمل الشفيع اعلان البائع فى ميعاد الاستئناف فلا يقبل استئنافه ، الا اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع فى طلباته أمام محكمة أول درجة [3] ، بخلاف ما اذا كان لم يحضر ، فان الغائب يعتبر دائما أنه معارض للدعوى [4] .

وحكم بأن عدم ادخال البائع فى الاستئناف المرفوع عن حكم صادر فى قضية شفعة يجعل الاستئناف غير مقبول ، حتى ولو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف ، اذا كان حضوره قد حصل بعد فوات ميعاد استئناف الحكم واكتسب المستأنف عليه حق الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا .

على أن حضور البائع أمام الاستئناف جائز ، ويصحح شكل الاستئناف ، اذا كان البائع قد انضم الى الشفيع فى طلباته أمام محكمة أول درجة ، فانتفى تنافر المصلحتين (مصلحة الشفيع ومصلحة البائع [5]).

---

(١) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر ١٩٠٢ (١٥ ص ٣٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص ٢٢٨) المحاماة ٤ رقم ٧٤٤ ص ٩٦٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٠ ، ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٨٩).

(٣) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ .

(٤) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٢) .

(٥) استئناف مختلط ١٦ مارس ١٩٢٦ (٣٨ ص ٢٩١) المحاماة ٧ رقم ١٩١ ص ٢٧٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٩ ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .

واذا كان الاستئناف مرفوعا من المشفوع منه فانه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع ، لأن شرط اعلان البائع لا يستلزمه القانون الا بالنسبة للشفيع [1] .

وحكم بأنه بما أن البائع لا مصلحة له ولا صفة للاقرار بحلول الشفيع محل المشفوع منه أو للمنازعة فى ذلك فان مصاريف ادخاله فى الدعوى تكون على الشفيع أو المشفوع منه على حسب نتيجة الحكم فى الدعوى [2] .

٣٤٧ — عدم قبول المعارضة فى الأحكام الاستئنافية — قضت المادة ١٦ من قانون الشفعة بأن دعاوى الشفعة تنظر بطريقة مستعجلة ، وقضت المادة ١٧ بأن الأحكام الغيابية فيها لا تقبل المعارضة ، وأن ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما ، ويرى من المادتين المذكورتين ، كما يرى من مواد أخرى فى القانون المذكور ، أن غرض الشارع أن يوجد استئناآت خاصة بدعاوى الشفعة تخالف القواعد العامة المذكورة بقانون المرافعات ، وذلك لضرورة تقصير أمد النزاع بين المتقاضين ، حتى لا تبقى مصالحهم معطلة وقتا طويلا ، وبناء عليه يكون عدم قبول المعارضة المذكورة فى المادة ١٧ ساريا على الأحكام الاستئنافية كما هو سار على الأحكام الابتدائية على السواء [3] .

وقد حكم بأن المادة ١٧ التى تمنع المعارضة فى الأحكام الغيابية فى الشفعة لا تطبق على الأحكام التى تصدر فى الدعاوى الخاصة بالثمن أو ببعض المشاكل التى تنشأ بين الشفيع والمشفوع منه بخصوص تنفيذ الحكم الذى فصل قطعيا فى

---

(١) استئناف مختلط ٧ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (٢١ ص ٨٨) .

(٣) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٨ (دائرة أحمد موسى بك ومستر رويل وأحمد طلعت بك) المجموعة ٩ رقم ١١١ ص ٢٦١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٨ الاستقلال ٦ ص ١٨٣ المحاكم ٢٠ ص ٤٣٣٨ مجموعة ناصر ١٢٨٥ .

استئناف مختلط ٣٠ يناير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٠٤) ، ١٢ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ١٨١) .

دى هلتس نبذة ١٧٢ — فورچير ص ٣٢٧ .

موضوع الملكية ، فان هذه الأحكام تقبل المعارضة اذا صدرت غيابية [١] .

٣٤٨ — طلبات جديدة فى الاستئناف — لا يجوز أن تقدم فى الاستئناف طلبات جديدة غير الطلبات الأصلية وفقا للمادة ٣٦٨ مرافعات . وقد حكم بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة الدرجة الأولى الشفعة فى جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس ، فطلب الكل فى محكمة استئنافية يعد طلبا جديدا فيما زاد على الجزء المذكور [٢] .

٣٤٩ — القانون الواجب تطبيقه — من المبادىء المقررة من حيث حق الاستئناف ومواعيده أن القانون الواجب العمل به هو القانون الجارى عليه العمل عند صدور الحكم ، لا الذى كان معمولا به عند رفع الدعوى ، لأن حق الاستئناف لا يكتسب الا بعد النطق بالحكم . وقد صدرت جملة أحكام من محكمة الاستئناف مطبقة هذا المبدأ ، حيث قررت أن المواعيد الواجب مراعاتها فى مسائل الشفعة لاستئناف حكم صادر بعد صيرورة القانون الجديد واجب التنفيذ ، ولو كانت الدعوى رفعت قبل ذلك ، انما هى المواعيد المقررة فى القانون الجديد ، لا القوانين الواردة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٠٤ (١٦ س ٢٨٣) .

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف أنه لا يسع المحكمة قبول مثل هذا الطلب ، ولو كانت تقدمت فى الأصل الدعوى بطلب الكل وأبطلت المرافعة فيها ، لأنه متى بطلت المرافعة فى دعوى انعدمت جميع نتائجها القانونية ولم يعد فى الامكان الاحتجاج بها ولا اتخاذها أساسا لأى حق من الحقوق : ١٢ يناير ١٨٩٩ (دائرة سعد زغلول بك ومسيو دى هلتس ومستر كوغلن) الحقوق ١٤ ص ٥٢٠ .

(٣) استئناف ١٦ مارس ١٩٠٢ (دائرة مستر بوند ويوسف شوقى بك ومستر دلبراغلو) الحقوق ١٧ ص ٨٢ رقم ٤١ .

استئناف ٣٠ ابريل ١٩٠٢ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هلتس ومستر ويلمور) المجموعة ٥ ص ٦٢ .

استئناف ٢٠ مايو ١٩٠٢ الاستقلال ٢ ص ٩ رقم ٢ .

استئناف ٢٥ نوفبر ١٩٠٢ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) —

٣٥٠ — انقسام دعوى الشفعة — بما أن الحق الناشىء عن دعوى الشفعة قابل للانقسام فاذن لا ينتفع أحد الخصوم من الاستئناف المرفوع قانونا من زملائه [١] .

٣٥١ — الحكم — بمقتضى المادة ١٨ من قانون الشفعة :

« الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها » .

« Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propriété pour le préempteur; il devra être transcrit d'office ».

وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ :

« ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثامنة عشرة الآتى ذكرها [٢] » .

ومن يحكم برفض شفعته لا يجوز مطالبته بتعويض ، لأنه انما استعمل حقا خوله اياه القانون [٣] .

٣٥٢ — قوة الشىء المحكوم به — متى بيع عقار نتج من هذا البيع حقوق فى الشفعة فيه بقدر عدد الشركاء فى ملكيته أو عدد جيرانه وكانت أسباب الدعاوى متعددة ومختلفة ، فمن رفضت دعواه فى الشفعة بصفته شريكا فى الملكية له أن يرفعها بصفته جارا ، ولا يقبل الدفع بالشىء المحكوم به ، لأن

= الاستقلال ٢ ص ١٠ رقم ٣ الحقوق ١٧ ص ٢٦٣ .

استئناف ٣٠ ديسمبر ١٩٠٧ (دائرة قاسم أمين بك ومستر رويل ومحمد صدق بك) الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .

(١) استئناف ٣٠ ديسمبر [illegible]٠٧ المتقدم ، الحقوق ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٥ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٦ يونيه ١٩٠٤ (٦ ص ٣٣٢) .

السبب فى الدعوى ليس واحدا فى الحالتين [١] .

٣٥٣ – الحكم على الشفيع بمصاريف الدعوى لعدم عرض جميع الثمن — للقاضى أن يلزم الشفيع بجميع مصاريف الدعوى اذا رأى أنه لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا من الثمن وحجز باقيه بدون حق [٢] .

شفعة الصبى

٣٥٤ — لولى الصبى أو وصيه أن يأخذ له بالشفعة [٣] بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش [٤] . فان لم يطلبها الولى أو الوصى و بلغ الصبى فلا شفعة له بعد البلوغ [٥] . فان لم يكن للصبى ولى ولا وصى ينصب له القاضى قيما ليأخذ له بالشفعة ، فان لم ينصب له قيما فانه يبقى على شفعته حتى يبلغ فيأخذها ، ولو مضى على بيع العقار المشفوع سنون [٦] .

وقال الامام محمد اذا لم يطلب الولى أو الوصى الشفعة أو سلماها ، وكان البيع بمثل القيمة أو أقل ، فلا يبطل حق الصبى فى الأخذ بالشفعة ، لأن من له

---

(١) استئناف أهلى ١٧ مارس ١٩٠٤ (دائرة قاسم أمين بك ومستر هالتون وأحمد زيور بك) الحقوق ٢٠ ص ٣٥ المجموعة ٦ رقم ١٤ ص ٢٨ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٥ مجموعة ناصر ١٢٩٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٣ يونيه ١٩٢٥ (دائرة محمد مصطفى بك وشاكر أحمد بك والقاضى المنتدب محمد نور بك) المحاماة ٦ رقم ٤٣٧ ص ٧١٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٥٩ مجموعة ناصر ٤٧٢٦ . وقد جاء فى أسبابه : « حيث ان المستأنف لم يعرض جميع الثمن ، بل عرض جزءا فقط من الثمن وحجز باقى الثمن بدون حق ، وهو المخصص لدفع ديون الرهن ، وقد أثبتت المحكمة الابتدائية فى حكمها أن المستأنف مهمل فى عدم استيفاء اجراآت الشفعة بعرض جميع الثمن ، وألزمته بالايداع فى خزينة المحكمة والا سقط حقه فى الشفعة ، ومن ثم يكون المستأنف ملزما بالمصاريف » .

(٣) مرشد الحيران المادة ١٢١ .

(٤) شرح مرشد الحيران ص ١٠٥ .

(٥) المجلة المادة ١٠٣٥ .

(٦) مرشد الحيران المادة ١٢١ .

الولاية أو الوصاية قد فوت حقا للصغير بالاهمال ، والشرع لا يفوتة حرصا منه على حق الصبى [١] .

ولو باع الأب داره وولده الصغير شفيعها كان للصبى أن يأخذها بالشفعة اذا بلغ ، اذ ليس للوالد أن يطلب الشفعة لولده لأنه بائع .

ولو اشترى الأب دارا لنفسه وولده الصغير شفيعها ليس للصبى اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة ، لأن الأب كان متمكنا من أخذها بالشفعة لكون الشراء لا ينافى الأخذ بالشفعة ، بخلاف ما لو باع الأب دارا لنفسه وابنه الصغير شفيعها ، فلم يطلب الأب الشفعة للصغير ، لا تبطل شفعته ، لأن الأب هنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعا وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلا [٢] .

وجاء فى المغنى : واذا باع وصى الأيتام ، فباع لأحدهم نصيبا فى شركة آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة ، لأنه كالشراء له ، وان كان الوصى شريكا لمن باع عليه لم يكن له الأخذ ، لأنه متهم فى بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه . ولو باع الوصى نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها ، لأن التهمة منتفية ، فانه لا يقدر على الزيادة فى ثمنه ، لكون المشترى لا يوافقه ، ولأن الثمن حاصل له من المشترى كحصوله من اليتيم ، بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به ، فاذا رفع الأمر الى الحاكم فباع عليه فللوصى الأخذ حينئذ لعدم التهمة . وان كان مكان الوصى أب ، فباع شقص الصبى فله أن يأخذه بالشفعة ، لأن له أن يشترى من نفسه مال ولده لعدم التهمة . وان بيع شقص فى شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية . واذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبى اذا كبر [٣] .

وقد حكم بأنه لا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بوصيه . واذا

---

(١) شرح مرشد الحيران ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) الخانية — سليم باز على المادة ١٠٣٥ من المجلة .

(٣) المغنى ٥ ص ٤٩٧ — ٤٩٨ .

كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له [١] .

مسقطات الشفعة

٣٥٥ — أهم الأسباب التى يسقط بها حق الشفعة هى الآتية :

أولا — التنازل .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد .

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد .

رابعا — مضى ستة أشهر من تسجيل البيع .

خامسا — بطلان البيع .

سادسا — مضى المدة الطويلة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة .

أولا — التنازل

٣٥٦ — **فى الشريعة الاسلامية** — يشترط فى الشريعة عدم رضاء الشفيع بالبيع وحكمه ، فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له ، لأنه يكون رضى بضرر جوار المشترى . والرضا قد يكون صريحا ، وقد يكون دلالة . والدلالة نحو أن يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها ، بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها ، فلا شفعة له ، لأن بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه ، وهو الملك للمشترى [٢] .

٣٥٧ — **فى القانون المدنى** — كانت المادة ٩٨/٧٢ من القانون

---

(١) طنطا الابتدائية ١٩ ديسمبر ١٩٠٦ (دائرة حسن حسنى بك ومستر ويكمان لونج والقاضى أحمد زكى أبو السعود) المجموعة ٨ رقم ٣٦ [illegible] الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥١ الحقوق ٢٢ ص ٥٩ المحاكم ١٨ ص ٣٨[illegible] مجموعة ناصر ١٢٧٦ .

(٢) البدائع ٥ ص ١٥ .

وقد جاء فى المادة ١٠٢٤ من المجلة : يشترط ألا يكون الشفيع رضى صراحة أو دلالة بعقد —

المدنى تجيز التنازل أيضا ، اذ جاء فيها : « يسقط حق الشفعة اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى »[١] .

ويلاحظ أن هذه المادة لم تنص الا على التنازل الحاصل من الشركاء ، ولكن ذلك لم يمنع المحاكم من مراعاته أيضا بالنسبة للجار ، فقد قررت محكمة أسيوط الابتدائية[٢] أن المادة ٧٢ تقضى بأن حق الشفعة يسقط اذا وقع من الشركاء عقد أو أمر يستدل منه على قبولهم ملكية المشترى ، وهذه الأحوال تجب مراعاتها أيضا فى حق الجار ، بحيث انه لو وقع منه أمر أو عقد يستدل منه على أنه قبل ملكية المشترى للعقار المشفوع منه يسقط حقه فى الشفعة بلا شك ، لأن ما جوزه القانون بالنسبة للشريك يجوز بالنسبة للجار ، اذ حقهما يترتب على أمر واحد ، وهو حق الأخذ بالشفعة .

وقد طبقت هذه المادة أيضا محكمة الاستئناف[٣] ، اذ قررت أن حق الشفعة حق وارد على غير القياس ، فلا يتوسع فيه التوسع المطلق فى الحقوق الواردة على القياس ، وقد جرى على هذه القاعدة أئمة الشريعة الاسلامية الغراء ، حيث قرروا بسقوط حق الشفعة بمجرد حصول أمور لم يجعلوها سببا لسقوط حقوق أخرى من التى وردت على سنن القياس ، وأن علماء القانون أجمعوا على أن الأمور التى يؤخذ منها التنازل الضمنى لا تقع تحت حصر أو قاعدة ، بل هى

= البيع الواقع . فاذا سمع بعقد البيع ، وقال هو مناسب ، سقط حق شفعته ، وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طلب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع أو استئجاره من المشترى سقط حق شفعته ، وكذلك اذا كان وكيلا للبائع فليس له حق الشفعة فى العقار الذى باعه بوكالته .

(١) استئناف أهلى ٢ يناير ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر كامرون ويحيى ابراهيم بك (القضا ٣ ص ٢٣٠).

(٢) أسيوط الابتدائية حكم استئنافى ٤ أكتوبر ١٨٩٨ (دائرة أحمد حلمى بك والقاضى نعمان عمران والقاضى محمد زكى) القضا ٦ ص ١٧٢ .

(٣) ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وكوربت بك والقاضى سعد زغلول) الحقوق ١٠ ص ١٨٥ .

موكولة لرأى القضاة وذممهم [١] .

٣٥٨ — قانون الشفعة — قد نصت على التنازل الفقرة الأولى من المادة ١٩ من قانون الشفعة ونصها : « يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية :

أولا — اذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا . ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفة مالك العقار نهائيا » [٢] .

« 1° S'il y a eu renonciation expresse ou tacite.

La renonciation tacite résulte de tout acte impliquant que le préempteur a reconnu l'acquéreur comme propriétaire définitif de l'immeuble vendu ».

ويجب أن يكون التنازل قطعيا ، لا معلقا على شرط ، كما يؤخذ من لفظة « نهائيا » الواردة بالمادة .

٣٥٩ — التنازل الصريح — التنازل الصريح ، كما جاء فى بدائع الصنائع ، نحو أن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك ، لأن الشفعة خالص حقه ، فيملك التصرف فيها استيفاء

---

(١) راجع أيضا استئناف أهلى (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) ٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ .

(٢) راجع استئناف ٨ ديسمبر ١٩٣١ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك وعلام محمد بك) المجموعة ٣٣ رقم٩٢ ص١٧٤ مجموعة ناصر ٤٧٤٩ : يسقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة اذا ثبت أنه عند ما علم بالشراء أظهر رغبته فى عدم الأخذ بالشفعة ، أو بعبارة أخرى تنازل عن حقه فيها ، وأنه ما رفع الدعوى بعد هذا التنازل الا لفائدة شخص آخر أراد أن يجعله سبيلا لتملك العقار المشفوع .

المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير ١٩٢٦ (القاضى يوسف رفعت) المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ مجموعة ناصر ٤٧٧٤ : الشريك الذى يطلب الشفعة فى حصة شائعة يبعث على التحديد ليس ملزما أن يذكر فى انذار الشفعة الحدود الواردة بعقد البيع الصادر على التحديد دون الحدود الأصلية للعين المشتركة ، لأنه اذا فعل ذلك فقد يؤخذ عليه هذا الأمر كاقرار أو رضاء بالتحديد ، فيسقط حقه فى الشفعة .

واسقاطا ، سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع ، لأن هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل ، كالأبراء عن الحقوق ، بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم [١] . وانما كان كذلك لأن السقوط فى الحالة الأولى بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف فى نفس الحق ، فيستدعى ثبوت الحق لاغير . والسقوط فى الحالة الثانية ، أى بطريق الدلالة ، وهى دلالة الرضا ، لا بالتصرف فى محل الحق ، بل فى محل آخر ، والتصرف فى محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع ، اذ الرضا بالشىء بدون العلم به محال [٢] .

ويحصل التنازل الصريح فى أى وقت لغاية يوم الحكم [٣] .

٣٦٠ — التنازل الضمنى — من الأمور التى يؤخذ منها التنازل دلالة استئجار الشفيع ، من المشترى ، العقار المبيع ، ودفع قيمة الايجار المشترى ان كان العقار مؤجرا من البائع قبل البيع [٤] ، والاتفاق على حقوق ارتفاق أو على قسمة العقار قسمة زراعية ان كان مشتركا [٥] .

كذلك التنازل عن الشفعة للغير ، لأن حق الشفعة من الحقوق الشخصية التى لا يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها لغيره ، بل التنازل عنها يعد اسقاطا لها ، وقد قرر هذا المبدأ علماء القوانين الفرنسية فى حق الاسترداد الوراثى المقرر بالمادة ٨٤١ [٦] .

---

(١) البدائع ٥ ص ١٩ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢١ .

(٣) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ .

(٤) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ — استئناف أهلى ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٨٦١ — استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٧) .

(٥) فتحى زغلول باشا ص ٩٧ — راجع أيضا استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر ١٨٩٥ (٨ ص ١٦) ، ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٨٢) .

(٦) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ المتقدم .

استئناف مصر الأهلية ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك =

٣٦١ — اثبات التنازل — نصت المادة ٢٠ على أنه :

« يجوز اثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الاثبات المقررة فى القانون بما فيها الاثبات بالبينة [١] » .

« Le fait de la renonciation tacite au droit de préemption, de même que le fait de la connaissance de la vente, pourront être prouvés par tous les moyens légaux et même par témoins ».

وانه وان كان جائزا اثبات التنازل دلالة بالبينة فانه لا يجوز اثبات التنازل

= وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٣ ص ٤٣٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٨ : اذا قبض البائع باقى الثمن من الشفيع ، وتنازل له عن حق امتيازه على العين المبيعة ، فلا يعتبر هذا وحده عدولا من الشفيع عن المطالبة بحق الشفعة ، اذ الأصل أن الشفيع ليس له أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى الا برضاء البائع نفسه ، وحلول الشفيع محل البائع فى باقى ثمن الصفقة قد يدل على تمسكه بالشفعة .

راجع البدائع ٥ ص ٢١ : وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له ، لأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا ، فيبطل بدلالة الرضا أيضا ، وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين ، لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل . وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه اياها أو استأجرها الشفيع من المشترى أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وذلك كله بعد علمه بالشراء ، لأن ذلك كله دليل الرضا . أما المساومة فلأنها طلب تمليك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك التملك . وكذا التولية لأنها تملك بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك المتملك . وأما الاستئجار والأخذ معاملة أو مزارعة فلأنها تقرير لملك المشترى ، فكانت دليل الرضا بملكه .

ومرشد الحيران المادة ١٤٢ : اذا اشترى الشفيع العقار المشفوع من المشترى سقطت شفعته ، واذا سقطت شفعته فلمن دونه أو مثله فى الدرجة من الشفعاء أن يأخذه بالعقد .

والمادة ١٤٣ : اذا استأجر الشفيع المبيع أو ساومه بيعا أو اجارة أو طلب من المشترى بيعه له تولية أى بمثل الثمن الأول سقطت شفعته .

(١) استئناف مختلط أول فبراير ١٩٢٧ (٣٩ ص ٢٠٥) ، ١٦ ابريل ١٩٠٣ (١٥ ص ٢٤٥) ، ٢٦ ينـاير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) ، ١٤ يونيه ١٩٠٦ (١٨ ص ٣٢٧) .

الصريح بها ان كانت القيمة تزيد على ألف قرش [١] .

٣٦٢ — التنازل عن الشفعة بعد طلبها [٢] — يجوز للشفيع بعد أن يطلب العين المبيعة بالشفعة أن يتنازل عنها [٣] .

وقد حكم بأنه اذا استعمل الشفيع حقه ، ثم عدل فتنازل عنه ، فلا يترتب على ذلك حق للمشفوع منه فى مطالبة الشفيع بالتعويض ، ما دام أن الأخير انما استعمل حقه فى حدود القانون ، فلم يسرف فى استعماله ولم يفرط فيه ، وما دام أنه لم يصب المشفوع منه ضرر ما من قبل الشفيع ، وحتى اذا كانت الأثمان قد هبطت فلا يلزم بتعويض ، لأن هبوط أسعار الأطيان ليس من فعل الأخير [٤] .

٣٦٣ — طلب الشفعة بعد التنازل عنها — يتجدد حق الشفعة ، ويمكن

---

(١) استئناف أهلى ٧ مايو ١٨٩٥ (دائرة حامد محمود بك والقاضى قاسم أمين ومستر بوند) الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ . وسبب هذا التمييز واضح ، لأنه فى حالة ما يكون القصد اثبات تنازل صريح فلا شىء يمنع الخصوم من الحصول على كتابة تثبت هذا الاتفاق ، أما الأعمال التى تكون صدرت من أحد الخصوم فهذه ظاهر أنه لا يمكنه تكليف أحد بأخذ كتابة عليها لأنه يكون الزاما بأمر فوق الطاقة .

استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ .

(٢) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٣) وجاء فى المادة ١٣٧ من مرشد الحيران : اذا أسقط الشفيع حقه فى الشفعة وتركه قبل الحكم سقط حقه ، وللشفعاء الأخر أن يأخذوا العقار المبيع ان طلبوا الشفعة بشروطها . وان أسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ولا يكون لأحد حق فيه .

(٤) بنى سويف الابتدائية أول مارس ١٩٢١ (دائرة القضاة محمد فؤاد حسنى ومراد كامل وحسن عبد الرحمن) المحاماة ٢ رقم ٩١ ص ٢٨٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٦ .

استئناف أهلى ٢٨ فبراير ١٩٢٢ (دائرة مستر مارشال وعطية حسنى بك ومحمد حلمى عيسى بك) المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٧ مجموعة ناصر ١٣٣٧ .

راجع ما تقدم نبذة ٣٠٩ .

استعماله عند كل انتقال للملكية ، فاذا تنازل شفيع عن حق شفعته فهذا التنازل لا يحتج به عليه اذا ما انتقلت الملكية لمالك جديد ، فانه يجوز له فى هذه الحالة أن يطالب بالشفعة ، اذ أن تنازله لم يكن الا بالنسبة للمالك السابق [١] .

٣٦٤ — التنازل عن الشفعة مقابل تعويض — هل يجوز التنازل عن حق الشفعة مقابل تعويض ؟ نذكر أولا حكم الشريعة الغراء ، ثم نأتى بحكم القانون .

٣٦٥ — فى الشريعة الاسلامية : لو صالح الشفيع المشترى على أن يترك شفعته بمال يأخذه من المشترى لم يجز الصلح ، ولم يثبت العوض ، وبطل حق الشفعة . أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق فى المحل ، لأن الثابت للشفيع حق التملك ، وأنه عبارة عن ولاية التملك ، وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه ، فبطل الصلح ، ولم يجب العوض ، ولو أخذ المال فعليه رده . وأما بطلان حق الشفيع فلأنه أسقطه بالصلح ، فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض ، بل هو شىء من الأموال لا يصلح عوضا عنه ، فالتحق ذكر العوض بالعدم ، فصار كأنه سلم بلا عوض [٢] .

وهذا هو رأى الحنفية .

وعند الحنابلة : قال القاضى لا تسقط الشفعة ، لأنه لم يرض باسقاطها ، وانما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة . ولابن قدامة أنه رضى بتركها وطلب عوضها ، فيثبت الترك المرضى به ، ولم يثبت العوض ، كما لو قال بعنى فلم يبعه ، ولأن ترك المطالبة بها كاف فى سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى .

ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

وقال مالك ان صالحه عنها بعوض يصح ، لأنه عوض عن ازالة ملك ، فجاز

---

(١) استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠١) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٦ ص ١٢٥ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢١ .

أخذ العوض عنه [١] .

٣٦٦ — فى القانون — لا يوجد فى القانون ما يمنع ترك حق الشفعة مقابل تعويض . فالمشترى الذى يكون دفع الى الشفيع مبلغا من النقود لهذا الغرض لا يقبل منه فيما بعد طلب رده بناء على أنه دفع بغير سبب . وانه وان كان رأى الحنفية فى الشريعة الاسلامية وجوب الرد ، فان مذهب الامام مالك يجيز التنازل بالعوض ، ولا يرد العوض ، بل يكون ملك الشفيع . وبما أن الشفعة حق مقرر قانونا للشفيع فنرى الأخذ بمذهب الامام مالك لموافقته للقانون . وقد أخذت بهذا الرأى محكمة قنا [٢] .

٣٦٧ — التنازل عن الشفعة قبل البيع — من المقرر أن الحق لا يتنازل عنه الانسان الا اذا كان موجودا ، وبما أن حق الشفعة لا وجود له الا بعد حصول البيع [٣] ، فكل تنازل عن الأخذ بالشفعة قبل البيع لا يحرم المتنازل من حقه فى طلب الشفعة [٤] .

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٨٢ .

(٢) قنا الجزئية ٢٤ يونيه ١٩٠١ (القاضى أحمد عابدين) الاستقلال ٢ رقم ٧ ص ١١ الحقوق ١٧ ص ٢٦٨ رقم ١٣٤ المحاكم ١٣ ص ٢٨٤٤ مجموعة ناصر ١٣١٣ .

(٣) استئناف أهلى ١٧ نوفمبر ١٩٢١ (دائرة أبو بكر يحيى باشا ومستر هل وحلمى عيسى بك) المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ مجموعة ناصر ١٣١٨ .

(٤) الفشن الجزئية ٩ يونيه ١٩٣٠ (القاضى عارف محمد) المحاماة ١١ رقم ٤٩٢ ص ٩٨٠ مجموعة ناصر ٤٧٧١ .

عكس هذا الرأى : ذهنى بك فى كتابه « فى الأموال » نبذة ٤٦٧ ، حيث يقول « وأما تعليق بقاء حق الشفعة على اعتبار أن التنازل عن حق لا يصح الا عند وجود هذا الحق بالفعل والواقع فهذا لا نقره . وما الحكم حينئذ فى التنازل الصريح الذى يؤخذ على الشفيع قبل ظهور حق الشفعة ، كما يحصل عادة فى الشركات التى تشترى الأراضى وتقسمها قطعا وتبيعها كذلك بالتقسيط أو بغير التقسيط ، ثم تشترط على كل مشتر أنه لا يطالب بالشفعة فى الأرض المجاورة له ، وأنه يتنازل وقت شرائه عن المطالبة بالشفعة فى القطعة التى تباع فيما بعد وتكون مجاورة له ؟ فهل مثل هذا الشرط صحيح أم باطل ؟ لا نرى محلا للقول ببطلان الشرط وعدم صحته ، =

أعرب زيد لعمرو و بكر عن رغبته فى بيع عقار لهما الحق فى أخذه بالشفعة ، فرفضا شراءه ، فلما باعه لشخص ثالث قاما يطالبان بأخذه بالشفعة ، فتمسك زيد برفضهما الأول ، وأراد أن يمنعهما من ذلك ، فحكمت محكمة منفلوط بأنه ليس للرفض الحاصل قبل البيع تأثير فى استعمال حق الشفعة اذا آن أوانه ، لأنه لم يوجد الا بعد بيع العقار (١) .

كذلك قررت محكمة الاستئناف أن عرض العقار المشفوع على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله مشتراه لا يعد تنازلا عن حقه بالشفعة بعد البيع (٢) .

والأحكام المتقدمة مطابقة للشريعة الاسلامية ، فقد جاء فى البدائع (٣) : ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع ، لأنه اسقاط الحق ، واسقاط الحق قبل وجو به ووجود سبب وجوبه محال .

= بل نقول بصحته . نعم ولو أن حق الشفعة لم يظهر وقت الاشتراط بعدم التمسك به ، ولم يكن التنازل عنه حاصلا وقت وجود الحق بالذات ، لأنه لا يوجد قانونا الا بالبيع ، الا أنا لا نرى ما يمنع التنازل عن حق سيظهر فيما بعد ، بينما أركان الحق ظاهرة بحيث لا تخفى على الشفيع ، اذ يرى العقار الذى سيكون مشفوعا ، ويرى شروط الشفعة لديه من جوار أو حق ارتفاق وغير ذلك ، وانما الذى ينقص فقط هو البيع ، أى العملية القانونية التى تنصب على العقار المشفوع . وهل فى بيان أركان الشفعة هذه ووضوحها لدى الشفيع ، مع عدم حصول البيع فقط ، تجهيل على الشفيع حتى يقال بأن تنازله صادف حقا مجهولا لا يعرف له حد ولا قدر ؟ نظن لا . ونرى القول بصحة الشراء ، وأنه لو قيل العكس لتعطلت أعمال هذا النوع من الشركات الذى ذكرناه ، فلا يقبل الناس على شراء قطع الأراضى خوفا من شفعة الشفعاء . وفى ذلك ما يحول دون ترويج نقل الملكية فى العقارات من يد الى أخرى » .

(١) منفلوط ١٥ مايو ١٩١٥ (القاضى ابراهيم ثروت) المجموعة ١٦ رقم ٩٣ ص١٥٣ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة ٩٥٨ . الحقوق ٣٣ ص ٣٨ مجموعة ناصر ١٣١٦ ،

(٢) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٠٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعلى ذو الفقار بك ومستر رويل) الاستقلال ٥ رقم ٦٦ ص ٨٥ مجموعة ناصر ١٣١٥ — ٢٩ مايو ١٨٩٣ (دائرة أحمد عفيفى بك ومحمد مجدى بك ومستر بوند) الحقوق ٩ ص ٢٢٥ و ١٧ نوفبر ١٩٢١ المجموعة ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ المتقدم — واستئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ — ٣٧٤ ، ١٩ يونيه ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٢٨ ص ١١٣ ، ١٨ فبراير ١٩٠٩ (٢١ ص ٢٠٢) .

(٣) ٥ ص ١٩ .

٣٦٨ — **المساومة فى الشراء** — لا تعتبر المساومة فى الشراء تنازلا عن حق طلب الشفعة اذا بيعت العين لغير المساوم ، لأن حق الشفعة الذى هو نزع ملك المشترى جبرا عنه لا يولد قبل أن يوجد المشترى ويتم له الشراء (١) .

٣٦٩ — **التنازل بعد الحكم** — انه وان كان مجرد حصول الطلب من الشفيع لا يلزمه ، لأنه أمر اختيارى من جهته ويمكنه العدول عنه ، الا أن حقه هـذا فى العدول ينقطع برضاء المشترى أو بالقضاء بالشفعة ، لأن رضاء المشترى هو قبول لذلك الايجاب الذى عرضه الشفيع بالطلب ، وبذلك يتم عقد بين الاثنين بملكية الشفيع للعين وأحقية المشترى للثمن ، ولا يجوز لأحدهما فسخه الا برضاء الآخر أو القضاء . ومن المقرر أن الشفيع له أن يترك الشفعة قبل الحكم ، أما بعده فلا يصح له الترك ، لتحول الصفقة اليه ، فلا يجوز له ابطالها منفردا (٢) .

وقد حكم بأنه اذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثمن حقا للمشفوع منه ، فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة ، ولا يؤثر هذا فى حق المشفوع منه فى تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وعلى ذلك فالاشكال فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن مقبول اذا كان مبنيا على أن للشفيع دينا على المشفوع منه يجب محاسبته عليه أو المقاصة فيــه مع الثمن ، وأما اذا كان مبنيا على أن لا حق للمشفوع منه فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول (٣) .

ثانيا — عدم اظهار الرغبة فى الميعاد

٣٧٠ — **فى الشريعة الاسلامية** — جاء فى المادة ١٣٦ من مرشد

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٥ أبريل ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى خليل عفت والقاضى صالح جعفر) المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٢٥ مجموعة ناصر ١٣١٧ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣٦١ .

(٣) مصر الابتدائية ٢٢ نوفبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سليم البشرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .

الجيران : تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو باختلال شرط من شروط صحته ، وتسقط أيضا بترك طلب التقرير والاشهاد مع امكانه والقدرة عليه ، و بتأخير طلب المخاصمة شهرا بلا عذر .

وقد قلنا فيما سبق [١] ان طلبى المواثبة والاشهاد فى الشريعة يقابلان اعلان الرغبة فى القانون ، وان طلب التملك والخصومة فى الشريعة يقابل رفع الدعوى فى القانون .

٣٧١ — فى القانون المدنى — كانت المادة ٧٥/١٠٠ مدنى تقضى بأنه « يجب على من له حق الشفعة و يرغب الأخذ بها أن يبين رغبته فى ذلك بتقرير يقدم لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشترى بابداء رغبته والا سقط حقه ، و يزاد على هذا مسافة الطريق [٢] » .

٣٧٢ — فى قانون الشفعة — قررت الفقرة الثانية من المادة ١٩ [٣]

---

(١) راجع نبذة ٣١٢ .

(٢) استئناف ٢٥ مارس ١٨٩٨ (دائرة مستر بوند ويحيي ابراهيم بك ومستر بلاتون) الحقوق ١٣ رقم ٣٧ ص ١١٤ : يجب على الشفيع بمجرد علمه بالبيع ، أى عند تولد حقه ، أن يبادر الى طلب الشفعة والا سقط حقه فى ذلك . وهــذا المبدأ مأخوذ من نصوص الشريعة الغراء التى هى المرجع الشرعى فى أحكام الشفعة ويخالفه أحكام القانون الأهلى .

راجع أيضا طنطا الابتدائية ٢٦ نوفبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ ، وقد أيدته محكمة الاستئناف فى ١٣ ينـاير ١٩٠٣ برياسة ســعد زغلول بك .

واذا كان الشفيع يعلم بالبيع فى وقت حصوله ، ويعلم أيضا أن المشترى استعمل البيع بصفة مالك وأجرى فيــه تصليحات وأعمالا أخرى ، ولم يبد أى رغبة فى الأخذ بالشفعة مدة أربع سنوات ، يكون هــذا السكوت المصحوب بهذه الحالة دليلا كافيا على تنازله عن حق الشفعة ضمنا وسقوط حقه فيها ، لأنه لا يسوغ بقاء المشترى زمنا طويلا مهددا من الشفيع باسم استعماله لحق الشفعة (استئناف ٥ مارس ١٨٩٦ (دائرة أحمد عفيفى بك ويحيي ابراهيم بك ومسيو كامرون) القضا ٣ ص ٣٠٩) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٢٦٩ .

أن حق الشفعة يسقط « اذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته ، سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى ، و يزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة (١) » .

ولأجل أن يسقط حق الشفيع لعدم المطالبة به فى مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع لا يكفى أن يكون قد علم بحصول البيع ، بل يلزم أيضا أن يكون قد عرف اسم المشترى وثمن المبيع وباقى شروط العقد كما تقدم (٢) ، قياسا على ما يجب توافره من البيانات فى اعلان التكليف بابداء الرغبة (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٢) ما تقدم نبذة ٣٠٦ .

استئناف أهلى ٣ مارس ١٩٠٣ (دائرة سعد زغلول بك ومستر هالتون ومستر برى) المجموعة ٤ رقم ٨٥ ص ١٩٣ الحقوق ١٨ ص ٢١٩ .

المنصورة الجزئية أول فبراير ١٩١٧ (القاضى فوزى المطيعى) الحقوق ٣٣ ص ٤٣ المجموعة ١٨ رقم ٧٠ ص ١٢١ .

استئناف مصر أهلى ٦ يناير ١٩٢٩ (دائرة على حيدر حجازى بك ومسيو سودان وأحمد مختار بك) المحاماة ١٠ رقم ٢٦٤ ص ٥٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٨ .

استئناف مختلط أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) .

(٣) أبنوب الجزئية ٩ فبراير ١٩٢٦ (القاضى فؤاد عزيز) المحاماة ٦ رقم ٣١٣ ص ٤٥٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٣ .

وقد جاء فى البدائع : ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو من فلان فسلم ، فظهر بخلافه ، هل يصح تسليمه ؟ فالأصل فى جنس هذه المسائل أنه ينظر ان كان لايختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت شفعته ، وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته ، لأن غرضه فى التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح ، واذا اختلف غرضه فى التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم . وبيان هذا فى مسائل اذا أخبر أن الدار بيعت بألف درهم فسلم ، ثم تبين أنها بيعت بألفين ، فلا شفعة له ، لأن تسليمه كان لاستكثاره الثمن ، فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرها أولى ، فحصل غرضه بالتسليم ، فبطلت شفعته . ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم ، ثم تبين أنها بيعت بخمسمائة ، فله الشفعة ، لأن التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته ، فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على =

ويجوز اثبات العلم بالأدلة المادية و بقرائن الأحوال والبينة كما تقدم [١] .

ثالثا — عدم رفع الدعوى فى الميعاد

٣٧٣ — يسقط حق الشفيع ، كما يؤخذ من المادة ١٥ [٢] ، اذا لم يرفع

= شفعته (البدائع ٥ ص ١٩) .

ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ، ثم تبين أنه اشترى الجميع فله الشفعة . ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ، ثم تبين أنه اشترى النصف ، فالتسليم جائز ولا شفعة . هذا هو الرواية المشهورة . وقد روى الجواب فيهما على العكس ، وهو أن التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى النصف .

وجه هذه الرواية أن تسليم النصف لعجزه عن الثمن ، ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز . فأما العجز عن الكثير فلا يدل على العجز عن القليل .

ووجه الرواية المشهورة أن التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر ، وهو ضرر الشركة ، وهذا لا يوجد فى الكل ، فاختلف الغرض ، فلم يصح التسليم ، فبقى على شفعته ، واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة ، لأنه داخل فى الكل ، فصار بتسليم الكل مسلما للنصف ، لأن الشركة عيب ، فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الأولى (البدائع ٥ ص ٢٠) .

ولو أخبر أن المشترى زيد فسلم ، ثم تبين أنه عمرو ، فهو على شفعته ، لأن التسليم للأمن عن الضرر ، والأمن عن ضرر زيد لا يدل على الأمن من ضرر عمرو ، لتفاوت الناس فى الجوار .

ولو أخبر أن المشترى زيد فسلم ، ثم تبين أنه زيد وعمرو ، كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأنه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو ، فبقى له الشفعة فى نصيبه (البدائع ٥ ص ٢٠) .

(١) ما تقدم نبذة ٣٠٧ .

طنطا ٢٦ نوفبر ١٩٠٠ (دائرة بطرس يوسف بك) الاستقلال ٢ رقم ٣٣ ص ٤٠ .

استئناف مختلط ٦ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ١٨٢) .

وقد حكم بأنه اذا كان الدفع متعلقا بسقوط الحق بفوات موعد معين ، كالدفع بفوات الموعد القانونى على علم الشفيع بالبيع ، فلا يمكن الأخذ به بمجرد اقامة الدليل على امكان أو ترجيح العلم بالبيع ، وانما يجب استخلاص هذا العلم بطريقة ايجابية ومباشرة من واقعة معينة يمكن تعيين تاريخها .

استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٧٩ ص ٢٣٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٥ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣١٤ و ٣٣٠ .

الدعوى فى ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة [1] .

رابعا – مضى ستة أشهر من تسجيل البيع

٣٧٤ – نصت المادة ٢٢ على أنه :

« يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا » [2] .

« Dans tous les cas, le droit de préemption est prescrit contre tous préempteurs à l'expiration du délai de six mois, à partir du jour de la transcription de l'acte de vente.

Cette prescription court même contre les incapables et les absents ».

والنص الفرنسى للمادة معيب ، حيث استعمل لفظة prescrit ، ولفظة prescription ، فقال فى أول المادة Le droit de préemption est prescrit، وفى آخرها Cette prescription court même contre les incapables ، والصواب استعمال لفظة déchéance ، وهى التى تسرى ضد كل الناس ، حتى الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف ، بخلاف لفظة prescription [3] .

وللمشترى المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق فى هذه الحالة متى أثبت فقط أن عقد بيعه قد تسجل ، وأنه مضى ستة أشهر من يوم التسجيل ، من غير أن يستعمل الشفيع حقه ، ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع أو غير ذلك ، لأن القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضى مدة الستة شهور المذكورة .

هذا مايقضى به قانون الشفعة ، أما القانون المدنى فلم يكن ينص على ذلك ،

---

(١) دى هلتس نبذة ١٤١ — استئناف مختلط ١٢ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ١٩٦) ، ٦ فبراير ١٩٠٢ (١٤ ص ١٢٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٩٩) .

(٣) راجع دى هلتس نبذة ١٤٤ .

بل كان للشفيع بمقتضاه أن يطالب بحق الشفعة فى أى وقت مهما مضى من الوقت بعد التسجيل ، ما لم يثبت علم الشفيع ، ولا تخفى المضار التى كانت تعود على المشترى من ترك حقه فى الشىء المشترى غير ثابت مدة طويلة غير محدودة .

وقد انتقد بعض الشراح تحديد ميعاد الستة الشهور وعده أكبر عائق لاستعمال حق الشفعة ، فالمشترى يستطيع أن يتقى الشفعة بتسجيل عقده فى الحال وتأخير وضع يده أو محاشاة اظهاره مدة ستة أشهر ، فاذا لم يعن الشخص الذى له أن يشفع بالرجوع من وقت لآخر الى دفاتر التسجيل فانه يفقد حق شفعته [1] .

٣٧٥ — وميعاد الستة الشهور يجب أن يحسب ، كمواعيد مضى المدة المملك والمبرىء فى المواد العقارية ، بحسب التقويم الهجرى [2] .

وتحتسب المواعيد المعينة بالشهور من الميعاد للميعاد ، أى رقم اليوم من الشهر . واذا لم ينص القانون على احتساب المواعيد بالساعة وجب الرجوع لأحكام القانون العام ، واحتساب مبدأ سريان الميعاد من أول يوم كامل ، أى من اليوم التالى . وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية ، بناء على ذلك ، بأن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ رمضان جائزة ، ولو تسجل العقد فى ٢ ربيع الأول [3] .

٣٧٦ — وقد نص القانون فى الحالة الأخيرة على أن سقوط الحق يكون بالنسبة لجميع الشفعاء حتى الغائب ومن كان غير أهل للتصرف [4] .

---

(١) هالتون ص ١٧٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢٢٣) ، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ ، الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٣٣ . راجع كتابنا « الأموال » نبذة ٨٥٢ .

(٣) استئناف ٨ فبراير ١٩٢٨ (دائرة حسين درويش باشا ومسيو سودان ومصطفى محمد بك) المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص ٨٧٠ مجموعة ناصر ٤٧٢٥ .

(٤) استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

وحكم بأنه وان كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة مطلقة التعبير وعامة فان هذا لا يمنع من اقامة دفوع تستنتج بداهة من المادة وتكون نتيجة منطقية لمنطوقها ومعناها . وعليه يقف =

٣٧٧ — وانه وان كان القانون لم يأت بنص يشبه ذلك فى الحالتين السابقتين ، أى حالة سقوط الحق لعدم رفع الدعوى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان ، وفى حالة عدم اظهار الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، فان سقوط الحق يكون بالنسبة للجميع أيضا ، ولا يقفه كون الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا[1] .

خامسا — بطلان البيع

٣٧٨ — تبطل الشفعة ببطلان البيع الذى ترتبت عليه ، كما اذا اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع .

سادسا — مضى المدة الطويلة

٣٧٩ — اذا مضى ١٥ سنة من تاريخ البيع ، ولم تحصل الشفعة ، فانها تسقط بناء على القواعد العامة .

سابعا — زوال أحد شروط الشفعة

٣٨٠ — اذا زال أحد الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة ، كما اذا باع الشفيع عقاره قبل طلب الشفعة ، فليس له أن يشفع بعد ذلك[2] ، وهذا هو حكم

= مفعول المدة عن السريان فى الشفعة أثناء سير قضية يطالب بها الجار برد الأرض من المشترى باعتبار أن مضى المدة فى هذه الحالة مرتبط بحق الملكية ونفس حق الملكية موقوف لتعلقه بما يقضى به الحكم المنتظر (استئناف مختلط ١٨ فبراير ١٩٠٤ (١٦ ص ١٣٨) الاستقلال ٣ رقم ٤٥٧ ص ٣٣٣) . أى أنه اذا كان موضوع الشفعة متنازعا فيه بين الشفيع والمشفوع منه فان استعمال حق الشفعة يبقى معلقا أثناء الدعوى (استئناف مختلط ٣١ مايو ١٩٠٦ (١٨ ص ٣١١) .

(١) راجع دى هلتس نبذة ١٤٧ — فورچير ص ٣٢٧ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ (١٧ ص ٣١٦) .

بندر طنطا الجزئية ٢٥ فبراير ١٩٢٥ (القاضى محمود صادق) المحاماة ٥ رقم ٥١٥ ص ٦٢٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤١ مجموعة ناصر ٤٦٧٨ : الشفعة هى تملك العقار جبرا على المشترى ، وسببها اتصال ملك الشفيع بالعقار اتصال شركة أو جوار ، ويجب أن يستمر هذا الاتصال من تاريخ البيع الى تاريخ الأخذ بالتراضى أو الى تاريخ قضاء القاضى ، فاذا تصرف الشفيع فى ملكه قبل القضاء له بالشفعة سقط حقه فيها .

الشريعة أيضا [١] ، أو اذا جعله وقفا [٢] ، أو مسجدا [٣] ، أو كما اذا زالت صفة الجار عن الشفيع بأن منع الالتصاق بانشاء طريق عمومى بين عقاره والأرض التى يرغب أخذها بالشفعة [٤] ، الخ .

٣٨١ — جواز الدفع بسقوط الحق فى الشفعة فى أية حالة — قد حكم بأن قواعد السقوط فى الشفعة قررها القانون ، والحق ذاته مستمد منه ، ولذا أحاط المشرع استعماله بقيود كثيرة ، ونص على وجوب عمل الاجراءات فى مواعيد قصيرة بينها والا سقط الحق فيها . فهو حق استثنائى مقيد لحرية التعاقد وحق الملكية ، فاذا انقضت المواعيد زال الحق المعلق عليها وأصبح لا وجود له ، كما نص بالمادتين ١٥ و ١٩ ، وينبنى على ذلك أن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وحتى لو تنازل عنها صراحة صاحب الحق فى التمسك بها . ومن باب أولى فالدفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه [٥] .

هل تسقط الشفعة بموت المشترى أو البائع

٣٨٢ — فى القانون لا تسقط . وكذلك الحكم فى الشريعة الاسلامية [٦] .

وقد جاء فى الفتاوى الهندية [٧] : واذا مات البائع والمشترى ، والشفيع حى ، فللشفيع الشفعة ، كذا فى فتاوى قاضيخان . واذا مات المشترى ، والشفيع

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٨ .
المادة ١٤١ من مرشد الحيران : اذا باع الشفيع العقار المشفوع به أو وقفه أو جعله مسجدا قبل تملك العقار المشفوع بطلت شفعته .
(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٧ المتقدم .
(٣) قانون الشفعة المادة ٦ .
(٤) فورچير ص ٣٣٣ .
(٥) أسيوط الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة القضاة أحمد حسنى وحسن محمد سعودى ومصطفى عبد ربه) المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص ٨٥٧ مجموعة ناصر ٤٧٧٢ .
(٦) مرشد الحيران المادة ١٣٩ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — ٢٥٨ .
(٧) ٥ ص ١٩٨ — ١٩٩ .

حى ، فللشفيع الشفعة ، وان كان على الميت دين لا تباع الدار فى دينه ، وأخذها الشفيع بالشفعة ، وان تعلق بالدار حق الغـريم والشفيع . كذا فى المحيط . فان باعها القاضى أو الوصى فى دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع و يأخذها بالشفعة ، كما لو باعها المشترى فى حياته . وكذلك لو أوصى فيها بوصية أخذها الشفيع و بطلت الوصية . كذا فى المبسوط . أثبت الشفعة بطلبين ومات فليس للوارث أخذها بالشفعة . كذا فى السراجية .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع فى الشريعة الاسلامية

٣٨٣ — رأى أبى حنيفة — اذا مات الشفيع قبل تملكه العـقار المشفوع بالتراضى أو قضاء القـاضى تبطل الشفعة بموته ، سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ، ولا ينتقل حقه فيها الى ورثته[١] . وسبب ذلك أن حق الشفعة ليس بمـال ، بل هو مجرد ارادة ومشيئة ، ولأن ملك الشفيع الذى هو سبب الأخذ قد بطل بموته ، وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع الى زمن الأخذ بالتراضى أو الحكم بقضاء القاضى ، وملك الورثة حادث بعد البيع ، فلم يوجد السبب وقت حصول البيع ، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه ، فلو باع حقه فى الشفعة بطل حقه لوجود الاعراض ولزم رد العوض[٢] .

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٤٠ — الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ .

(٢) شرح مرشد الحيران ص ١٢١ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ .

قال الامام الأسبيجابى فى شرح الطحاوى ان دارا بيعت ولها شفيع ، وطلب الشفعة ، فأثبتها بالطلبين ، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشترى اليه ، فأراد ورثته أخذها ، فليس لهم ذلك . ولو كان الشفيع ملـكها بالقضاء أو بتسليم المشترى اليه ، ثم مات ، تـكون ميراثا لورثته (حاشية الشلبى على الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — ٢٥٨) .

راجع فتوى شرعية (من شيخ الجامع ومفتى الديار المصرية الشيخ حسونة النواوى) ١٩ رجب ١٣١٦ المحاماة ٦ رقم ٢١٨ ص ٢٩٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٨ .

وقد جاء فيها أن المصرح به فى كتب المذهب أن حق الشفعة من الحقوق التى لا تورث . فاذا مات الشفيع قبل القضاء له بالشفعة سقط حق الشفعة بموته .

٣٨٤ — رأى الشافعى ومالك — لا يبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل يورث عنه ، وتقوم ورثته مقامه ، لأن حقه معتبر شرعا ، مثل حق الرد بخيار العيب ، ومثل حق القصاص (١) .

٣٨٥ — رأى الحنابلة — اذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة لم يخل من حالين : أحدهما أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل الى الورثة . وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى ، و به قال الثورى واسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى والعنبرى يورث . الحال الثانى اذا طالب بالشفعة ، ثم مات ، فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة ، لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط (٢) .

فى القانون

٣٨٦ — اختلاف فى الرأى — لا يوجد نص عن ذلك فى قانون الشفعة . وقد اختلفت أحكام المحاكم وأقوال الشراح فى جواز توارث حق

(١) الزيلعى ٥ ص ٢٥٧ — بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — شرح مرشد الحيران ص ١٢٢ .

وقد جاء فى المغنى (١ ص ٣٨٧) : وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته ، لأنه قبض استحقه بعقد البيع ، فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال ، فورث كالرد بالعيب .

ورد على رأى الشافعى بأن حق الشفعة مجرد حق ، وهو حق التملك ، وانه مجرد رأى وهو صفته ، فلا يورث عنه ، بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت ، فأمكن ارثه ، بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق ، اذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن ارثها ، ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع الى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ (الزيلعى ٥ ص ٢٥٨) .

(٢) المهذب ٥ ص ٥٣٦ — ٥٣٧ .

الشفعة . فقرر بعضها أن الشفعة بطبيعتها حق شخصى ، وتبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالرضا أو بالقضاء ولا تنتقل الى ورثة الشفيع [١] .

وقرر بعضها أن حق الشفعة كباقى الحقوق ، يؤول من صاحبه الى الوارث

---

(١) دمنهور الجزئية (القاضى محمد علام) ١٦ يونيه ١٩٠٦ المجموعة ٧ رقم ١٧ ص ٢٤١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٠ الحقوق ٢١ ص ٣٠٤ مجموعة ناصر ١١٤٣ .

الزقازيق الابتدائية ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحيى صديق وعزت شكرى) المجموعة ١٣ ص ٦٣ . وقد ألغاه حكم الاستئناف الصادر فى ٢ يناير ١٩١٢ المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ كما سيجىء .

أسيوط الابتدائية ٣ فبراير ١٩١٨ (دائرة محمد رشيد بك والقاضى محمد رشدى والقاضى محمد توفيق العطار) المجموعة ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦١ الحقوق ٣٤ ص ٧٣ مجموعة ناصر ١١٤٦ .

الزقازيق الابتدائية ٢٠ اكتوبر ١٩١٩ (دائرة محمد توفيق أمين بك ومحمد لبيب عطية بك والقاضى محمد رشدى) المجموعة ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ المحاكم ٣١ رقم ١١٢٢ مجموعة ناصر ١١٤٧ .

الاسكندرية الابتدائية ١٣ نوفمبر ١٩٢٦ (دائرة خليل عفت بك والقاضى محمد حمدى السيد والقاضى أحمد نصرت) المحاماة ٧ رقم ٢٤٩ ص ٣٦٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ المجموعة ٢٧ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ مجموعة ناصر ٤٦٨٠ .

شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ (القاضى حسين رياض صبحى) المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة ٩٩١ .

أسيوط الابتدائية استئنافى ٧ نوفمبر ١٨٩٩ (دائرة أحمد حلمى بك والقاضى أحمد عبد الرازق والقاضى محمد زكى) المجموعة ١ ص ٣٠ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٣٦ مجموعة ناصر ١١٤١ .

استئناف مختلط ١٨ مايو ١٩٠٥ (٢٧ ص ٣١٦) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٨١) ، ١٩ مارس ١٩٠٨ (٢٠ ص ١٣٥) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٣١٦) بانية حكمها على أن ذلك مطابق للعادات المحلية Contume locale ، ١٦ يناير ١٩٢٣ (٣٥ ص ١٥٤) ، ١٦ يناير ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٧ ص ٧٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٨٧ .

فتحى زغلول باشا ص ٨٩ — فورچير ص ٣٣٦ — على زكى العرابى باشا نبذة ١٤٣ .

الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به [(١)] .

وقد طرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٣ مايو ١٩٣٠ [(٢)] أن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى .

٣٨٧ — الرأى الأول — استند الرأى الأول ، الذى يقول بعدم توارث حق الشفعة ، على ما يأتى :

(١) ان الشفعة من أوضاع الشريعة الاسلامية ومن مبتكراتها ، وقد اختار الشارع المصرى العمل بها ، ودمجها ضمن أحكام قانونه المدنى ، ولذا وجب الرجوع الى تلك الشريعة فى كل أمر يتعلق بطبيعة هذا الحق وحدوده ، اذا لم يوجد عليه نص فى القانون المدنى ، وحيث ان الشفعة شرعا هى تملك العين المشتراة جبرا عن المشترى مقابل دفع الثمن والمصاريف ، ومن شرائطها ملك

---

(١) مصر الابتدائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ (دائرة اسكندر عمون بك والقاضى واصف سميكة والقاضى ابراهيم فريد) الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ ، وقد تأيد بالاستئناف ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ المحاكم ١٣ رقم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ مجموعة ناصر ١١٤٢ .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ (دائرة عبد العزيز كحيل بك وعلى ذو الفقار بك ومستر مارشال) المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٦٤ .

مأمورية الدر ٦ مايو ١٩٢٦ (القاضى محمود طلعت) المحاماة ٧ رقم ٣٥ ص ٥٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٠ .

ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٦١ : بما أنها حق مدنى محكوم بالأصول العامة للقانون المسنون ، وذلك برغم أن الشفعة من الحقوق المقوتة .

(٢) استئناف مصر ، دوائر مجتمعة ٣ مايو ١٩٣٠ (برياسة وكيل المحكمة كامل ابراهيم بك وحضور السيد محمد عبد الهادى الجندى بك ومحمد فريد الشافعى بك ومصطفى محمد بك وعبد العظيم راشد باشا ومحمد فهمى حسين بك وأحمد نظيف بك ومحمود المرجوشى بك وعبد الباقى زكى القشيرى بك وعلام محمد بك ومصطفى حنفى بك ومحمود على سرور بك وعلى حيدر حجازى بك وأحمد مختار بك ومحمد نور بك وسليمان السيد سليمان بك وعلى زكى العرابى بك) المجموعة ٣١ رقم ٦١ ص ١٧٢ ، المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ ، الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٩٢ ، الجريدة القضائية ٢٧ ص ٢٤ ، مجموعة ناصر ٤٦٨١ .

الشفيع وقت الشراء فى العين التى يأخذ بها بالشفعة ، فينتج من هذا التعريف ومن هذا الشرط أنه اذا مات الشفيع بطل حقه فى الشفعة ولا ينتقل لورثته ، وذلك من وجهين : أما الوجه الأول فلأن الثابت للشفيع هو مجرد حق التملك لا حق الملك ، فله الخيار بين الأخذ والترك ، فكان حقه عرضا والحقوق العرضية لا يصح التعاوض عنها بمـال ، وما كان ليس محلا للتعاوض لا يكون محـلا للتوارث ، و ينبنى على ذلك انه اذا باع الشفيع حقه فى الشفعة من المشترى بثمن فلا ينعقد البيع و يعتبر ذلك تنازلا عن الشفعة و يسقط الثمن ، أما الوجه الثانى فهو بقاء ملك الشفيع للعين التى يشفع بها من وقت الشراء الى حين القضاء بالشفعة ، فاذا باع الشفيع الدار التى يشفع بها قبل القضاء له بالشفعة فليس للمشترى الذى يحل محله أن يطالب بالشفعة ، لأن ملـكه جاء بعد البيع الذى انبنى عليه حق الشفعة ، لأن شرط الشفعة قيام ملك الشفيع وقت الشراء ، وكذلك الوارث فان ملك الدار التى شفع بهـا مورثه انتقل اليه حين الوفاة ، فملـكه حادث بعد البيع [(١)] .

(٢) قد يمـكن الاعتراض بما جاء فى المادتين ١٩ و ٢٢ من قانون الشفعة من أن حق الشفعة يسقط بالتنازل الصريح أو الضمنى أو بعدم اظهار رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ علمه و بمضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، فلا يصح الخروج عن هذه الأحوال الثلاثة فى سقوط حق الشفعة ، بما أن القانون بينها على سبيل الحصر . ولـكن هذا الاعتراض مردود ، لمـا هو ظاهر من عبارة القانون من أن هذا السقوط مقصود به سقوط الحق قبل اثباته بالطلب للتنازل عنــه صراحة أو دلالة أو لاهمال صاحبه فى اظهار رغبته فى المدة المقررة [(٢)] .

(٣) ان ما ذهبت اليــه احدى المحاكم من أن حق الشفعة كسائر الحقوق

---

(١) راجع أسيوط الابتدائية ٧ نوفمبر ١٨٩٩ المتقدم .
الزقازيق الابتدائية ٣٠ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٢) الزقازيق الابتدائية ٣٠ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

مذهب غير وجيه ، لأنه ليس مضافا الى سند من القانون ، لأن الحقوق اما طبيعية كحق الانسان فى الحياة والحرية ، وهــذه معلومة بالطبيعة فى كل زمان ومكان ، واما وضعية ، وهذه منشؤها القانون ، فاذا قضت الشريعة الاسلامية ، التى يجب اتباع أحكامها ، فى هذه المسألة بأن حق الشفعة حق ذو صفة خاصة وطبيعة خاصة فلا حق للقاضى أن يغير من هذه الصفة وتلك الطبيعة والا يكون قد وضع نفسه موضع الشارع ، وقرر حقا لم يقرره الشارع ، وهذا محظور عليه [١] .

٣٨٨ — الرأى الثانى — استند الرأى الثانى — الذى يقرر أن الشفعة كباقى الحقوق تؤول من صاحبها الى الوارث الذى يكون فى نصيبه العقار المشفوع به — على ما يأتى :

(١) انه وان يكن أصل حق الشفعة موجودا فى الشريعة الغــراء فان القــانون الأهلى لم يأخذها بكامل أحكامها الشرعية ، بل خالف تلك الأحكام فى أكثر المسائل ، وسكت عن مسئلة انتقال حق الشفعة بالارث ، وبمــا أن القانون لم يذكر أية عبارة تجيز الرجوع الى أحكام الشريعة فيما سكت عنه من مسائل الشفعة فلا بد من الرجوع الى ما قرر هو الرجوع اليه عند عدم وجود نص فيه ، وهو المبادىء العامة المقررة فى القانون أو مبادىء العدل والانصاف ، وبما أن مبادىء القانون تقضى بحلول الورثة محل مورثهم (المادة ١٩٩ مرافعات) ، خصوصا اذا كان المورث طالب بالشفعة قبل وفاته ولم يحكم له بهذا الحق فى حياته لمنازعة المشترى له فى ذلك ، فالورثة لهم الحق فى أن يحلوا محله ويستفيدوا من كل حقوقه [٢] .

(٢) انه بالرجوع الى ما قرره علماء الشريعة الاسلامية فى هذه الحــالة

---

(١) الزقازيق الابتدائية ٣٠ اكتوبر ١٩١٩ المتقدم .

(٢) مصر الابتدائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ المتقدم .

استئناف ٢ يناير ١٩١٢ المتقدم المجموعة ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ . وقد ألغى هذا الحــكم حكم محكمة الزقازيق الابتدائية (دائرة القضاة حافظ لطفى ويحيى صديق وعزت شكرى) ٢٤ ديسمبر ١٩٠٨ المجموعة ١٣ ص ٦٣ .

نجد أن المسألة خلافية بينهم . فقد قرر الامام الشافعى والامام مالك فى مذهبيهما أنه لايبطل الحق فى الشفعة بموت الشفيع ، بل تورث عنه و يقوم ورثته مقامه . وجاء فى مذهب الحنفية تفصيل : فاذا مات الشفيع بعد طلبى المواثبة والاشهاد وقبل أن يقدم طلب الخصومة فلا يورث عنه حق الشفعة ، وليس لورثته أن يقوموا مقامه فيها ، وأما اذا مات بعد طلب الخصومة فقد سكتوا عن هـذه الحالة . ولـكن روح التشريع وحكمة التقسيم الذى قال به علماء الحنفية ، ومن عدم تقريرهم حكم المنع والحرمان فى هذه الحالة ، يحمل على الاعتقاد بأنه اذا مات الشفيع بعد طلب الخصومة وقبل قضاء القاضى ينتقل حق الشفعة الى ورثته (١) .

٣٨٩ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة — قررت دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، كما تقدم ، أن حق الشفعة ينتقل الى الوارث . و بنت حكمها على ما يأتى :

« وحيث ان المسألة المطلوب الفصل فيها هى ما اذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه .

« وحيث ان قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الاسلامية وجب الرجوع اليها لمعرفة طبيعة هذا الحق .

« وحيث ان الفقهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن (٢) .

« وحيث ان هـذا الحق هو بطبيعته حق استثنائى ، لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقهاء دائما

---

(١) مأمورية الدر القضائية ٦ مايو ١٩٢٦ المتقدم — قارن استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٦١ .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٣ .

باب الشفعة عقب باب الغصب ، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن فى كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه [١] ، وقد عمدوا الى تخفيف وطأته بالتشدد فى شروطه والتوسع فى مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فورا رغبته فى الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه [٢] .

وحيث ان الفقهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضا حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيئة ، أو بعبارة علماء القانون simple faculté ، وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ولا أن يورث ، فهو حق لاحق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره .

« وحيث انه من جهة أخرى فانه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة ، فاذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل اليه الملك ، لأن ملكه يكون حادثا بعد البيع ، وهو يجب أن يكون مالكا وقته ، وبناء على ذلك اذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه ، لأن الوارث انما يملك بالميراث من وقت الوفاة ، وهى حادثة بعد البيع .

« وحيث ان هذه المبادىء التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها .

« وحيث انه وان كان الشافعى ومالك يقولان بالارث فى الشفعة الا أن مذهب الامام أبى حنيفة هو المذهب المعمول به فى مصر من زمن طويل ، وقد أخذ به الشارع فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فنص فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه يجب أن تكون الأحكام بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة وبأحكام تلك اللائحة . ونص فى المادة ٣٢٧ على

---

(١) ما تقدم نبذة ٤ .

(٢) ما تقدم نبذة ٢٥٠ وما بعدها .

أنه يقبل الطعن بطريق الالتماس فى الحكم اذا لم يصادف قولا فى هذا المذهب ، وعند ما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبى حنيفة هو المرجع الأصلى فى نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة فى مجموعها ، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقا طبقا لهذا المذهب ، خلافا لمذهبى الشافعى ومالك اللذين لا يخولانه الا للشريك ، وفقط فى حالة ما اذا كان العقار يقبل القسمة [١] .

« وحيث انه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول بأنه اذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله فى جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها، فهو قانون اجراءات لا قانون موضوع ، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث فى الدعوى اذا كان الحق فى موضوع الدعوى قد انتقل اليه .

« فلهذه الاسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بأن لا ينتقل حق الشفعة الى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بقضاء القاضى . . » .

ما يترتب على حق الشفعة

٣٩٠ — لا يثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشترى بالتراضى [٢] . فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين : اما بتسليم المشترى ، واما بقضاء القاضى . وهذا الحكم واحد فى الشريعة الاسلامية وفى القانون ، ولكن بالتفصيل الآتى .

فى الشريعة الاسلامية

٣٩١ — التملك بالرضا — التملك بتسليم المشترى ظاهر ، لأن

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٦ وما بعدها .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٥ — المجلة المادة ١٠٣٦ .

الأخذ بتسليم المشترى برضاه ببدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك [١] .

٣٩٢ – التملك بالقضا – المبيع لا يخلو : (ا) اما أن يكون فى يد البائع ، (ب) واما أن يكون فى يد المشترى .

٣٩٣ – (ا) المبيع فى يد البائع – ذكر الكرخى أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع و بين المشترى فى المشهور من قولهم .

وروى عن أبى يوسف أنه لا ينقض . واختلف المشايخ فيه . قال بعضهم البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة الى الشفيع . وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى ، و ينعقد للشفيع بيع آخر ، كأنه كان من البائع ايجابان ، أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع ، فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه ، وانتقض ما أضيف الى المشترى ، سواء قبل المشترى الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل .

ووجه قول من قال بالتحول ، لا بالانتقاض ، أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه من شرائط وجوب الشفعة ، فاذا انتقض لم تجب ، فتعذر الأخذ .

ووجه قول من قال انه ينتقض نص محمد والمعقول والأحكام :

أما نص محمد فقد قال محمد انتقض البيع فيما بين البائع والمشترى ، وهذا نص فى الباب .

وأما المعقول فمن وجهين : أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشترى عن قبض المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه من الفائدة ، كما اذا هلك المبيع قبل القبض ، والثانى أن الملك قبل الأخذ

(١) البدائع ٥ ص ٢٣ .

بالشفعة للمشترى لوجود آثار الملك فى حقه ، ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشترى .

وأما الأحكام فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية ، واذا رد عليه لا يعود شراء المشترى ، ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشترى ، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ، ولما رد فقد زالت الضرورة ، فينبغى أن يعود الشراء ، ولأنها لو تحولت اليه لصار المشترى وكيلا للشفيع ، لأن عقده يقع له ، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى رآها قبل ذلك ورضى بها ، لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه. وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل ، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال ، يأخذ بثمن حال ، ولو تحولت الصفقة اليه لأخذها بثمن مؤجل . وكذا لو اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها عند البيع ، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا ، فله أن يردها على من أخذها منه ، ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد ، كما لم يثبت للمشترى . فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض ، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه . وقد خرج الجواب عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه ، بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع و بين الشفيع على ما سبق تقريره [١] .

وقد جاء فى المادة ١٢٦ من مرشد الحيران : تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وان اشترط المشترى مع بائعه البراءة منهما [٢] .

٣٩٤ — (ب) المبيع فى يد المشترى — ان كان المبيع فى يد المشترى أخذه الشفيع منه ، ودفع الثمن الى المشترى ، والبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشترى ، فيجعل كأنه اشترى منه [٣] .

---

(١) البدائع ٥ ص ٢٣ — ٢٤ .

(٢) راجع أيضا المادة ١٠٣٧ من المجلة .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ .

٣٩٥ — بماذا يأخذ الشفيع — اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن ان كان حالا . واختلفوا اذا كان البيع الى أجل ، هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وسنفصل ذلك فيما بعد [١] .

والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى فى خلع ، وأما أن يكون معطى فى شىء يتقدر ، ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا ، فانه يأخـذه بقيمة ذلك الشىء الذى دفع الشقص فيه . وان كان ذلك الشىء محـدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة [٢] .

٣٩٦ — لمن يدفع الشفيع الثمن — اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع ، وكانت العهدة عليه . ويسترد المشترى الثمن من البائع ان كان قد نقد .

وان أخذها من يد المشترى دفع الثمن الى المشترى ، وكانت العهدة عليه ، لأن العهـدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاسـتحقاق ، فيكون على من قبض الثمن [٣] .

وروى عن أبى يوسف أن المشترى اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحضر منهما ، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى والعهدة على المشترى . وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع ، لأنه اذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا ، لأنه لا ملك له ، ولا بد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن ، بل يقع على المشترى ،

---

(١) راجع نبذة ٤١١ .

(٢) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ .

فيكون الثمن له والعهدة عليه . واذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس ، فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع ، فكانت العهدة على البائع [١].

٣٩٧ — ما يتملك بالشفعة — الذى يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذى ملكه المشترى بالشراء ، سواء ملكه أصلا أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة ، وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر . وهذا استحسان . والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة .

وجه القياس أن الشفيع انما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت فى العقار لا فى المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تملك بالشفعة ، وخاصة الزرع والثمر ، لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان فى العقد من غير تسمية ، فلم يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا .

ووجه الاستحسان أن الحق اذا ثبت فى العقار يثبت فيما هو تبع له ، لأن حكم التبع حكم الأصل ، وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال . أما البناء والغرس فظاهران ، لأن قيامهما بالأرض ، وكذلك الزرع والثمر ، لأن قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر ، وقيام الشجر بالأرض ، فكان تبعا للأرض بواسطة الشجر ، فيثبت الحق فيهما تبعا ، فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية ، الا أنهما لا يدخلان فى العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص [٢] .

فى قانون الشفعة

٣٩٨ — لا يثبت الملك للشفيع فى المبيع الا بقضاء القاضى أو بأخذه من المشترى بالتراضى كما تقدم [٣] .

ويترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشترى ، كما نصت على ذلك

(١) البدائع ٥ ص ٢٤ .

(٢) راجع البدائع ٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) استئناف مختلط ١٥ مارس ١٩٠١ (١٨ ص ١٥٤) ، ١٥ نوفمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٩) ، ١٥ مارس ١٩٠٦ (١٨ ص ١٥٤) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

الفقرة الأولى من المادة ١٣ ، حيث جاء فيها :

« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . على أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع » .

« Le préempteur est subrogé vis-à-vis du vendeur dans tous les droits ainsi que dans toutes les obligations de l'acquéreur.

Il ne peut, toutefois, bénéficier des termes de paiement accordés à l'acquéreur, si le vendeur n'y consent ».

أى أنه متى قضى للشفيع بأخذ العقار المشفوع يزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشترى ، ويحل الشفيع محل المشترى لدى البائع ، ويعتبر البيع كأنه حصل للشفيع من البائع [1] ، فيصبح الشفيع الخلف المباشر للبائع .

ولم تتعرض المادة ١٣ لتحديد علاقة الشفيع بالمشترى ، وسنحددها فيما يلى [2] .

٣٩٩ — ويحل الشفيع محل المشترى من يوم الحكم أو التراضى ، كما سيجىء [3] .

٤٠٠ — وحلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه لا يخول الشفيع مركزا

---

(١) استئناف مختلط ١١ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) ، ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

فليس لمشترى العقار — الذى زالت عنه ملكيته باستعمال حق الشفعة والذى أصبح فى مأمن من أية مفاجأة من قبل الشفيع — أى رجوع على البائع (استئناف مختلط ٢٠ ابريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٨٢) .

وليس للشفيع الذى قبل طلبه أن يدعى أنه كان على المشفوع منه أن يسدد دائنا مقيدا رهنه ، وبما أنه لم يفعل ، بل ترك العقار المشفوع تنزع ملكيته ، فيجب اعتبار الشفعة كأنها لم تحصل لعدم وجود محل لها ، لأنه بمقتضى الشفعة صارت ملكية العقار المشفوع للشفيع ، فهذا الأخير ، فى حال نزع الملكية ، له بصفته حائزا للعقار tiers détenteur التكاليف والحقوق المبينة فى المادة ٥٧٥ / ٦٩٨ مدنى . استئناف مختلط ١٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٢) راجع نبذة ٤٠٢ وما بعدها .

(٣) نبذة ٤٠٦ .

يكون أفضل من مركز هذا الأخير [١] .

وقد حكم بأنه ليس لطالب الشفعة أن يدعى التخلص من الشرط الوارد فى عقد البيع الذى بمقتضاه تعهد المشترى بأن ينشىء فى ظرف سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة ، وأن يحافظ على الاستواء الحالى ، والا ترتب على عدم قيامه بذلك فسخ البيع ، وذلك لأن مثل هذا الشرط ليس شرطا غير عادى ، ولا يدعو للريبة ، فلا يعتبر من طرق الغش التى يقصد بها منع الشفيع من استعمال حقه [٢] .

٤٠١ — وطبيعة حق الشفعة الذى بنى عليه حلول الشفيع فى حقوق المشفوع منه والتزاماته تتطلب ، كما تتطلب العدالة أيضا ، أن المشفوع منه يخرج سليما من العملية التى قررتها سلطة القانون [٣] .

٤٠٢ — **وقت تملك الشفيع** — اختلفت المحاكم فى الوقت الذى يتملك فيه الشفيع المال المشفوع فيه : فرأى بعضها أن تملكه يستند الى وقت بيع العقار المشفوع فيه . ورأى بعض أنه يستند الى وقت طلب الشفعة . ورأى بعض آخر أن حكم الشفعة ناقل للملك ، فالشفيع يتملك من وقته . ونحن نرى أن تملك الشفيع يكون من وقت الحكم أو التراضى . وسنشرح ذلك فى النبذ الآتية .

٤٠٣ — (ا) **الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت البيع** — قرر بعض المحاكم [٤] أن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة ومقررة للحقوق ، لا موجدة ومنشئة لها ، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب

---

(١) استئناف مختلط ١١ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢٠٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ (٢٢ ص ٥٦) .

(٣) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٣١) .
راجع استئناف مختلط ٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٤) والظاهر أن على زكى العرابى باشا من هذا الرأى أيضا (نبذة ١١٣) . وكذلك عبد السلام ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٥ .

عكس هذا الرأى : استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤٢) ، وقد جاء فيه أن قانون الشفعة لم يفترض حلول الشفيع فى حقوق المشفوع منه والتزاماته من يوم البيع :
La loi sur la préemption n'a pas consacré la fiction d'une subrogation du préempteur aux droits du préempté rétroagissant à la date de la vente.

من يوم وجوده ، لا من يوم القضاء له به ، فبناء على ذلك يكون الشفيع الذى طلب الأخذ بالشفعة مالكا للعقار من يوم حصول البيع [١] .

وقد قضى [٢] بأن البيع الحاصل من الشفيع بعد صدور حكم ابتدائى فى صالحه لا يلغى لمجرد حصوله قبل صدور الحكم النهائى الذى جاء مؤيدا للأول . وجاء فى أسباب هذا الحكم :

« وحيث ان الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانونية ، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشترى ، وحل الشفيع محله ، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكا له من يوم البيع ، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قررها عليه المشترى.

« وحيث ان الحكم بها للشفيع ليس عبارة الا عن تقرير صحة الطلب والزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المرتبة عليها ، فهو من الأحكام المبينة للحقوق لا المنشئة لها ، خلافا لما قرره قضاء أول درجة .

« وحيث انه بناء على ذلك لا يعتبر بيع العقار المشفوع فيه بعد طلب الشفعة وقبل القضاء فيه من قبيل بيع الآمال ولا بيع ما لا يملكه الانسان ، بل هو من قبيل بيع الحقوق المتنازع فيها ، وهذا جائز بلا خلاف .

« وحيث انه مع ذلك فان بيع الأمل ، أى الشىء الذى يأمل الانسان امتلاكه فى المستقبل ، جائز ، الا فى بعض المستثنيات ، ومتى تحقق الأمل نفذ البيع.

---

(١) استئناف ١٥ مارس ١٨٩٤ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) الحقوق ٩ رقم ١٦ ص ٦١ المحاكم ٥ رقم ١٧١ ص ١٠٨ مجموعة ناصر ١٢٩٧ . وقد جاء فى الحكم أن هذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الامامين مالك والشافعى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والبيع ولو لم يسلم المشترى أو يتسلم الثمن ، ورتبت المحكمة على ذلك أنه يجوز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة . ولكن يلاحظ أن رأى الامامين لا يفيد أن التملك يكون من وقت البيع ، بل ان النص المتقدم يفيد أنه يكون من وقت الطلب .

راجع نبذة ٣٨٣ وما بعدها فيما يختص بتوارث حق الشفعة .

(٢) استئناف مصر الأهلية ١١ مارس ١٩٠٦ (دائرة سعد زغلول بك ومستر ألستون ومستر ساتو) المجموعة ٨ رقم ٦٠ ص ١٣٠ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٤٣١ الحقوق ٢٠ ص ١٧٧ مجموعة ناصر ١٢٩٨ .

« وحيث انه من جهـة أخرى فلا يصح فى القانون المصرى لمن باع ما لا يملك أن يحتج ببطلان البيع اذا صار مالـكا للمبيع ، لأن هـذا البطلان ليس من قبيل البطلان المطلق ، بل البطلان النسبى الذى يقبل التصحيح ، ولا يسوغ أن يتمسك به الا من تقرر فى مصلحته » .

٤٠٤ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الطلب — رأى بعض المحاكم أن الشفيع يعتبر مالـكا للعين المشفوع فيها من يوم طلبه الأخذ بالشفعة . ولذلك اذا استمر المشترى واضعا يده عليها بعد الطلب فانه يكون مسئولا ، قبل الشفيع ، عن ثمرتها من يوم الطلب الى يوم التسليم . ولـكن يراعى خصم ما يقابل أتعاب الادارة ومصاريفها ، وفوائد ثمن المبيع ، من يوم طلب الأخذ بالشفعة الى يوم دفع الثمن [١] .

وقد قضى ، بناء على هذا الرأى ، بأنه اذا حكم للشفيع بأحقيته فى أن يأخذ بالشفعة عينا واضعا يده عليها فلا حق للمشترى فى مطالبة الشفيع بريعها من يوم المطالبة بالشفعة الى يوم الحكم له بها [٢] .

٤٠٥ — الرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم — رأى بعض المحاكم [٣] أن حكم الشفعة ناقل للملكية لا مقرر لها ، فلا يعتبر الشفيع مالـكا للعقار المشفوع الا من تاريخ الحـكم له بالشفعة . وقد قضى بناء على ذلك :

بأنه لا يكون للشفيع الحق فى ريع العقار المشفوع الا من تاريخ التراضي أو قضاء القاضى [٤] . وحتى لو كان الشفيع قد قام بعرض الثمن عرضا حقيقيا فانه

(١) استئناف ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ (دائرة حسن جلال بك ومستر رويل وعبد الحميد رضا بك) المجموعة ١١ رقم ٣٥ ص ٢٩٧ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٩٥٦ . استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٣١٢) .

(٢) الأقصر الجزئيـة ٣١ مارس ١٩٠٩ (القاضى مصطفى محمد) المجموعـة ١١ رقم ١٠ ص ٢٦ الفهرست العشرية الثانيـة للمجموعة رقم ٩٥٥ المحـاكم ٢٢ ص ٤٦٥٨ مجموعة ناصر ١٣٠٠ .

(٣) ومن هذا الرأى أيضا محمود فهمى ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) طهطا الجزئية ١٩ يونيه ١٩٢٤ (القاضى سليمان بهجت) المحاماة ٤ رقم ٧٢٠ ص ٩٤٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٧ مجموعة ناصر ٤٧٣٩ .

لا يكون له حق فى غلة العقار المشفوع الا من تاريخ القضاء له بالشفعة ، لا من تاريخ عرض الثمن عرضا حقيقيا [(١)] .

وبأن المشترى يعتبر مالكا لغاية صدور الحكم النهائى القاضى بأحقية الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، وله الحق فى الاستيلاء على الثمرات الى حين صدور هذا الحكم [(٢)].

وقد صدرت من محكمة الاستئناف ، عند فصلها فى الدعاوى المرفوعة اليها بخصوص عدم دفع الشفيع الثمن ، جملة أحكام تفيد أخذها بالرأى القائل بتملك الشفيع من وقت الحكم [(٣)] .

وجاء فى أسباب حكم محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة [(٤)] ، الخاص بالمراد من عرض الشفيع ، ما يفيد أخذها بهذا الرأى أيضا ، اذ قالت :

« وحيث ان الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء ، وقال الفقهاء فيها انها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر ، أى أن الشفيع لا يعد مالكا للعقار الا بناء على تراضيه مع المشترى على أن يتنازل له عما اشتراه لما له عليه من حق الشفعة أو بحكم القاضى ، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون قد صرفها فى سبيل هذا الشراء .

« وحيث انه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك ، وليس مقررا له ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى .

---

(١) بنى سويف الجزئية ٢٨ اكتوبر ١٩٢٠ (القاضى أحمد نشأت) الحقوق ٣٧ رقم ٦٦ ص ١٧١ المجموعة ٢٢ رقم ١٤٧ ص ٢٣٩ المحاماة ١ رقم ٥٦ ص ٣٠٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٨٣ .

(٢) شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفبر ١٩٢٨ (القاضى حسين رياض صبحى) المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٠ مجموعة ناصر ٤٧٤١ .

(٣) راجع نبذة ٤١٦ .

(٤) ٢٩ مارس ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص ٢٦٦ ، ٦ رقم ١٩٣ ص ٢٤١ المجموعة ٢٤ ص ٤١ .

« وحيث انه متى سلم بأن العين تعتبر ملكا للمشترى الى حكم القاضى ، فليس من المسلم به الزام الشفيع بايداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمنا بغير استغلال وبغير مسئولية على المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائما قصر أو طال »[١] .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى الذى ترفع عليه دعوى شفعة لا تزول ملكيته للعقار المشفوع الا بقبول حق الشفعة نهائيا ، ولذلك يبقى له حتى ذلك الوقت الحق فى الانتفاع بالثمار ، ولكن ليس له فى نفس الوقت أن يحتفظ بهذه الثمار وأن يطالب بفوائد المبالغ التى دفعها[٢] .

٤٠٦ — *رأينا* — الرأى الذى نقول به هو ما أخذ به الفريق الأخير من المحاكم ، فالشفيع لا يصبح مالكا للعقار المشفوع الا من وقت التراضى ، أو من وقت الحكم بالشفعة قضاء . وهذا يوافق حكم الشريعة الاسلامية الذى يقضى بأن تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع[٣] .

فالشفيع بمجرد البيع يكون له الحق فى أن يطالب بالشفعة ، ولكن لا تنتقل اليه ملكية العقار المبيع الا اذا سلم المشترى له بالشفعة ، أو قضى له بها ، وقبل ذلك تكون الملكية للمشترى . وانما قد قيد القانون تصرفات المشترى ببعض القيود اذا حصلت بعد طلب الشفعة أو تسجيل ذلك الطلب . فمنعه من البناء أو الغراس بعد طلب الشفعة بمقتضى المادة ١٠ ، التى جاء أنه اذا بنى أو غرس ، بعد طلب الأخذ بالشفعة ، فانه يكون للشفيع الخيار ان شاء طلب ازالة البناء أو الغراس ، وان شاء طلب بقاءهما بعد دفع مصاريفهما[٤] . ونص فى المادة ١٢ على أن الرهون والبيوع والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشترى بعد تاريخ

(١) راجع ما تقدم نبذة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤) .
راجع أيضا استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠١ (١٣ ص ٣٠٠) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٣٩١ وما بعدها .

(٤) راجع ما سيجىء .

تسجيل طلب الشفعة لا تسرى على الشفيع [١] .

ويؤيد الرأى الذى نقول به ما جاء فى المادة ٩ من أن « العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ... لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها » . فقانون الشفعة اعتبر المشترى قبل طلب الشفعة مالكا للعين التى اشتراها ، فاذا تصرف فيها سقط حق الشفيع فى طلبها بالشفعة ، ولا يكون له أن يطلبها الا بمقتضى البيع الثانى الحاصل من المشترى ، و بشروط هذا البيع الثانى . وكذلك يؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم المخالفة أن الرهون والحقوق العينية التى يكتسبها الغير من المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة تسرى على الشفيع .

قلنا ان الشفيع لا يصبح مالكا الا من وقت تسليم المشترى له بالشفعة أو من وقت الحكم له بها . وقد جاء فى المادة ١٨ ، كما رأينا ، أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع » . فهذا الحكم يعتبر عقدا الزاميا فيما بين المشترى والشفيع ، وشروطه هى شروط البيع الذى ترتبت عليه الشفعة . أما فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات التى كانت بين البائع والمشترى بمقتضى عقد البيع الذى ترتبت عليه الشفعة ، فان الشفيع يحل لدى البائع ، بمقتضى المادة ١٣ ، محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته ، فتكون له الحقوق التى كانت للمشترى بمقتضى هذا العقد ، وتكون عليه التزاماته ، ويزول كل ارتباط قانونى بين البائع والمشترى ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم [٢] .

٤٠٧ — تصرف الشفيع فى المشفوع — للشفيع بعد أن يأخذ العقار بالشفعة ، بالتراضى أو بالتقاضى ، أن يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا يمكن تعيين مدة مخصوصة يمنع فيها من التصرف ، والا اعتبر مضاربا على حساب المشفوع منه [٣] .

(١) راجع ما سيجىء .

(٢) راجع نبذة ٣٩٨ .

(٣) بنى سويف الابتدائية ١٦ ابريل ١٩٢٣ (دائرة محمود جعفر بك والقاضى عاذر حبشى بك والقاضى بيومى على نصار) المحاماة ٣ رقم ٣٥١ ص ٤٢٠ الجدول العشرى الأول =

دفع الثمن

٤٠٨ — يجب على الشفيع دفع الثمن الى البائع . ولا لزوم لأن يسلمه بواسطة المشترى ، بما أنه بناء على المادة ١٣ يحل محل المشفوع منه فى حقوقه والتزاماته [1] .

هذا اذا لم يكن المشترى دفع الثمن الى البائع . فان كان قد قام بدفعه فانه هو الذى يكون دائنا بالثمن ، ككل انسان يقوم بدفع دين آخر (مدنى ١٦١/٢٢٤) ، ويكون له الحق أيضا فى فوائد الثمن [2] .

٤٠٩ — وليس للمشفوع منه أن يطلب مبلغا أكثر من ثمن البيع ، بدعوى أن العين المشفوعة قد زادت قيمتها ، اذا كانت هذه الزيادة عامة ، وليست من فعل المشترى ، ولا للشفيع أن يطلب انقاص الثمن ، بدعوى أن العين قد نقصت قيمتها ، وذلك لأن الشفيع يحل محل المشترى وعليه أن يقوم بدفع ثمن المشترى وتوابعه [3] .

= للمحاماة رقم ١٠٨٥ مجموعة ناصر ١١٣٥ . وقد جاء فيه : « وبما أن حق الشفعة هو حق شخصى للشفيع يجب ألا يستعمله الا اذا توفرت لديه سلامة النية بأكمل معانيها وأن لا يتخذه وسيلة للمضاربة ، ولا يستعمله بقصد الاغتناء اضرارا بالغير . وحيث انه ولو أن حق الشفعة حق ضيق ولا يجب التوسع فيه الا أنه للشفيع بعد أن ثبت له الحق بالرضا أو القضاء أن يتصرف فيه كيف شاء ، لأنه بذلك صار مالكا للمشفوع فيه ، وله اذا حرية التصرف فى العين التى بيعت له ، بل وله الحق أن يتجر فيها ، فله أن يبيع ليكسب ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه » .

(١) ولا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه المشترى ، كما سيجىء — راجع نبذة ٤١٣ .

(٢) راجع نبذة ٤١٩ — راجع استئناف مختلط ١٧ يناير ١٩٠١ (١٣ ص ١٢٤) — فورچير ص ٣٣٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو ١٩٠٥ (١٧ ص ٢٩٩) .

استئناف أهلى ١٤ فبراير ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) القضا ٢ ص ١٨٢ الحقوق ١٠ ص ١٣٠ مجموعة ناصر ١٢٢١ .

٤١٠ — لا ضرورة لرفع دعوى للمطالبة بالثمن بعد الحكم بالشفعة —

تتم الشفعة بطلب الشفيع وقبول المشفوع منه ، ويقوم الحكم مقام قبول المشفوع منه . واذا كانت الشفعة تتم بالحكم فيها فقد أصبحت العين ملكا للشفيع والثمن حقا للمشفوع منه . فلا يملك الشفيع التنازل عن حكم الشفعة [1] ، ولا يؤثر هذا فى حق المشفوع منه فى تنفيذ الحكم للحصول على الثمن دون حاجة الى رفع دعوى جديدة به . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن « الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها [2] » . ولا محل للقول بأن حكم الشفعة انما يقضى للشفيع وحده بأحقيته للعين المشفوعة مقابل دفع الثمن ، وهو وحده الذى يملك تنفيذه بتسلم العين ، انما بشرط أن يدفع الثمن ، وان الحكم لم يقض بشىء للمشترى فلا يمكن تنفيذه بالثمن ، لأن هذا القول مردود بأن الحكم بالشفعة أصبح به الشفيع مالكا نهائيا للعين المشفوعة مقابل دفع الثمن ، وما دام لا يمكنه ترك الشفعة فيكون الثمن مستحقا فورا بمقتضى ذلك الحكم نفسه ، وليس للشفيع أن يرغم المشترى على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن ، ولا وجه لتكليف المشترى رفع دعوى جديدة بالثمن ، لأن هذا الثمن هو فى الواقع مقضى به بحكم الشفعة ، وأصبح مقدرا وغير متنازع فيه ، فليس هناك موضوع لدعوى أخرى بشأنه ، بل ان هذه الدعوى تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها [3] .

وانه وان كان يجوز للمشترى ، اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، أن

---

(١) راجع نبذة ٣٦٩ .

(٢) راجع نبذة ٣٥١ .

(٣) مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ (دائرة على زكى العرابى بك والقاضى مصطفى صبرى والقاضى عبد الفتاح سليم البشرى) المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٦ .

استئناف مصر الأهلية ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ : الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى فى الوقت نفسه بدفع الثمن ، فليس المشترى فى حاجة الى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة ، وانما اذا تعلل الشفيع فى حبس الثمن بوجود دين على العين تعين القضاء باستمرار التنفيذ .

يرفع عليه دعوى يطالبه بدفع الثمن أو بطلان الشفعة [١]، فان الواقع أن الدعوى التى ترفع فى هذه الحالة ليس الغرض منها الزام الشفيع بالثمن ، بل الحكم بابطال الشفعة لتأخيره فى دفع الثمن ، وفقا للقاعدة العامة المقررة للعقود ، وهى أنه اذا قصر أحد الطرفين فى القيام بواجباته كان الطرف الآخر مخيرا بين تنفيذ العقد وبين المطالبة بفسخه لعدم تنفيذه .

وقد قضى بناء على ذلك بأنه اذا استشكل فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن ، فان الاشكال يكون مقبولا اذا كان مبنيا على أن للشفيع دينا على المشفوع منه تجب محاسبته عليه أو المقاصة فيه مع الثمن . وأما اذا كان مبنيا على أن لا حق للمشفوع منه فى تنفيذ حكم الشفعة للحصول على الثمن فيصبح الاشكال غير مقبول [٢] .

الثمن المؤجل

٤١١ — *فى الشريعة الاسلامية* — اختلف الفقهاء اذا وقع الشراء بثمن مؤجل ، الى سنة مثلا ، أيأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل ، أم يأخذ المبيع بالثمن حالا ، أم هو مخير ؟ فقال مالك يأخذه بذلك الأجل اذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء . وقال الشافعى : مخير ، فان عجل تعجلت الشفعة ، والا تتأخر الى وقت الأجل . وهو نحو قول الكوفيين . وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد ، لأنها قد دخلت فى ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها ، فاذا بلغ الأجل أخذها الشفيع [٣] .

٤١٢ — *رأى الحنفية* — اذا قضى للشفيع بالمبيع ، وكان ثمنه مؤجلا على المشترى ، يأخذه الشفيع بثمن حال [٤] ، لأن رضاء البائع بالأجل فى حق

---

(١) راجع نبذة ٤١٦ .

(٢) حكم مصر الابتدائية ٢٢ نوفمبر ١٩٢٧ المتقدم .

(٣) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ .

(٤) مرشد الحيران المادة ١٢٧ .

المشترى لا يدل على رضاه به فى حق الشفيع ، لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فان أدى الثمن للبائع سقط الثمن عن المشترى ، واذا أراد الشفيع تأجيل الثمن فليس له ذلك الا برضاء المأخوذ منه ، فاذا لم يرض المأخوذ منه فهو اما أن ينقد الثمن حالا أو يصبر حتى يحل الأجل ، فان نقد الثمن حالا ، وكان الأخذ من البائع سقط الثمن عن المشترى ، وان نقد الثمن حالا وكان الأخذ من المشترى يبقى الأجل فى حق المشترى على حاله ، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشترى قبل حلول الأجل ، وان صبر حتى حل الأجل فهو على شفعته اذا كان الأجل معلوما ، وأما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك ، فقال الشفيع انا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك [١] .

وقال زفر ان الثمن يتأجل على الشفيع أيضا ، لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذى تملك به المشترى بصفته والأجل صفة للدين [٢] .

٤١٣ — فى القانونه — يستفيد الشفيع من جميع الشروط الواردة بعقد البيع ، ولكنه لا يستفيد من تأجيل الثمن الذى يكون البائع قد منحه المشترى ، كما نص القانون صراحة على ذلك فى المادة ١٣ التى جاء فيها [٣] : « على أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا برضاء البائع » [٤] ، وذلك ، كما تقدم ، لتفاوت الناس فى اليسار والاعسار وايفاء الحقوق ، فيجب على الشفيع أن يدفع ثمن المبيع حالا ، بدون أن يستفيد من الأجل المضروب للمشترى [٥] .

---

(١) كذا فى المحيط والذخيرة والفتاوى العتابية — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ — ١٧٧ .

(٢) كتاب « المعاملات » للشيخ أبى الفتح بك ص ٨٣ .

(٣) راجع نبذة ٣٩٨ .

(٤) راجع استئناف ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ (دائرة كامل ابراهيم بك ومحمود سامى بك وعلام محمد بك) المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص ٤٣٢ مجموعة ناصر ٤٧١٨ .

(٥) راجع استئناف ٢٠ مارس ١٨٩٤ (دائرة صالح ثابت بك ومسيو دى هلتس والقاضى سعد زغلول) الحقوق ٩ ص ٤٩ مجموعة ناصر ١٢١٥ .

وقد حكم بأن تأجيل الثمن لا يرفض للشفيع الا اذا لم يوافق البائع — وهو ذو المصلحة فى ذلك — على منحه اياه . وعليه فاذا قدم الشفيع فى الجلسة الجزء المدفوع من الثمن ، ولم يعترض المشترى على هذا الدفع الجزئى ، فليس للمشفوع منه أن يحتج بعدم قبول الشفيع لعدم قيامه بدفع كل الثمن (١) .

وفى قضية اشترط تأجيل سداد مبلغ الدين وجزء من الثمن فى عقد بيع أطيان كان الدائن المرتهن طرفا فيه ، واشترط فيه أيضا أنه فى حالة بيع جزء من تلك الأطيان يصير شطب الرهن عنه مقابل دفع ما يخصه فى الدين الى الدائن المرتهن ، وطلب مالك أرض مجاورة لجزء من الأطيان المبيعة أخذ هذا الجزء بالشفعة ، مرتكنا على ما لأطيانه من حق الارتفاق على هذا الجزء ، فدفع المشترون هذه الدعوى بانكار وجود هذا الحق . ورأت المحكمة عدم صحة هذا الدفاع ، ولذلك حكمت :

أولا — بأحقية المدعى فى الأخذ بالشفعة ، بما أنه لا البائع ولا المشترون لم يتمسكوا بحق عدم تجزئة الصفقة .

ثانيا — فيما يختص بما لكل من المتعاقدين من الحقوق قبل الآخر اعتبار الشفيع كالمشترى بدون قيد ولا شرط ، واحلاله محل المشترين الأصليين فيما لهم من الحقوق ، ما عدا ما يتعلق بتأجيل دفع الثمن .

ثالثا — أنه ما دام يقوم الشفيع بدفع جزء نسبى من الثمن الأصلى الى البائع الأصلى والدائن المرتهن فيكون له حق ملكية الجزء المشفوع فيه خاليا من حقوق الامتياز التى للمشترى ومن حق الرهن (٢) .

٤١٤ — وللبائع ، وفقا للقواعد العامة ، حق حبس المبيع ، حتى يدفع اليه الثمن ، وله أيضا فى حالة عدم الدفع ، حق الفسخ .

ولا نرى ما يمنع من أن يتضمن حكم الشفعة تحديد ميعاد يحصل فيه الفسخ

---

(١) استئناف مختلط ١٠ مارس ١٩٢١ (٣٣ ص ٢١٠) .

(٢) استئناف أهلى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٧ (دائرة حسن جلال بك ومستر ايموس ومحمد صدقى بك) المجموعة ٩ رقم ١١٠ ص ٢٥٥ الحقوق ٢٤ ص ٣٣ مجموعة ناصر ١٢١٦ .

حتما de plein droit اذا لم يدفع الثمن [١] .

عدم دفع الثمن

٤١٥ — في الشريعة الاسلامية: — اذا طالب الشفيع بالشفعة يقضى له القاضي بها ، سواء حضر الثمن أو لا ، في ظاهر الرواية . وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع ، وكذا الورثة ، لأن التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري ، كما تقدم . وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن [٢] .

وقال محمد ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال .

وجه قول محمد أن حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع ، والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري ، لاحتمال افلاس الشفيع ، ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض ، فلا يقضي قبل الاحضار ، ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكينا له من نقد الثمن .

ووجه ظاهر الرواية أن الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة ، كأن اشتراه منه ، والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن ، كما في الشراء المبتدأ [٣] .

وقال محمد لو ضرب له القاضي أجلا ، فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك ، فلم يأت به ، بطلت شفعته . وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فانا برىء من الشفعة ، لأن هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط ، والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط [٤] .

٤١٦ — في القانون — قررت المادة ١٨ من قانون الشفعة أن الحكم

---

(١) فورچير ص ٣٣٠ .
راجع الزقازيق الابتدائية ٢١ اغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ .

(٢) البدائع ٥ ص ٢٤ — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٦ .

(٣) البدائع ٥ ص ٢٤ — ٢٥ .

(٤) البدائع ٥ ص ٢٥ .

الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، فبمقتضى هذا النص الصريح يكون الحق متولدا بين الطرفين ، الشفيع والمشفوع منه ، من تاريخ الحكم بالشفعة الذى أصبح نهائيا ، ويعتبر هذا الحكم عقد بيع الزامي لأحد الخصوم ، وعقد شراء للطرف الآخر ، فعند وجود نزاع بين الخصوم فيما يختص بالغاء هذا الحكم بسبب عدم دفع الثمن يجب الرجوع الى النصوص الواجب اتباعها فى البيوع الاختيارية ، وهى الواردة بالقانون المدنى ، فاذا لم يرد فى الحكم القاضى بالشفعة نص بوجوب دفع الثمن فى ميعاد معين يستمر الحكم حافظا قوته فى مصلحة المحكوم له مدة ١٥ سنة . وهذا اذا لم يرفع المشفوع منه دعوى بمطالبة الشفيع بالثمن ، وعند عدم دفعه يحكم بسقوط حق الشفعة المحكوم به لعدم دفع الثمن ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يوجد ميعاد معين فى القانون للدفع ، ولذا فلا يمكن للمشفوع منه تعيين أجل من تلقاء نفسه لذلك ، بل تتبع فيه أحكام فسخ البيع الاختيارى فى حالة عدم أداء الثمن ، حيث لا يقضى بالفسخ الا اذا لم يحصل الدفع قبل الحكم .

ويعتبر الثمن مدفوعا فيما لو أودعه الشفيع فى خزانة المحكمة بغير أن يعرضه على المشفوع منه اذا كان هذا الايداع مراعى فيه ضرورة حبس الثمن لسبب وجود حقوق عينية على العين يقتضى ازالتها قبل الدفع[١] .

---

(١) استئناف ٢٢ يناير ١٩١٣ (دائرة أحمد موسى بك ومسيو سودان ومحمد توفيق نسيم بك) المجموعة ١٤ رقم ٤٧ ص ٨٩ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧٥ الحقوق ٢٩ ص ٥٦٣ المحاكم ٢٥ ص ٥٤٣٣ مجموعة ناصر ١٢٩٢ .

طنطا الابتدائية ٢٨ يناير ١٩١١ (دائرة القضاة محمد عبد الهادى الجندى ومحمود على سرور وحامد وصفى) المحاكم ٢٣ ص ٥٠٢٤ المجموعة ١٢ رقم ١٢٤ ص ٢٤٤ (تأيد من الاستئناف فى ٢٨ مايو ١٩١١) الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٩٧١ مجموعة ناصر ١٢٩١ .

مصر الابتدائية ١٧ يناير ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك وحسن حسنى بك وأحمد قمحة بك) الحقوق ١٨ ص ٣٣ مجموعة ناصر ١٢٨٩ : ان الحكم بالشفعة هو فى الواقع عبارة عن عقد يلزم فيه كل من المتعاقدين بأداء شىء معين ، فالمشترى يسلم العين المشفوع فيها ، والشفيع يدفع الثمن ، فهو اذن بمثابة بيع معلق على شرط ، فكما أنه اذا قصر المشترى فى دفع ثمن المبيع

وقد حكم بأنه تطبيقا للقواعد القانونية العامة للمشفوع منه طلب فسخ الشفعة résolution de la préemption ، لعدم دفع الثمن ، متى ثبت الحق فى الشفعة للشفيع بالتراضى أو بقضاء القاضى [١] .

وفى قضية حكم للمستأنفة نهائيا فى ١٢ يونيه سنة ١٩٠٠ بأحقيتها فى أن تأخذ بالشفعة الأطيان التى اشتراها المستأنف عليه ، ولعدم قيام المستأنفة بدفع الثمن رفع المشترى دعوى عليها فى ١١ اكتوبر سنة ١٩٠٨ ، مدعيا أن حقها فى الشفعة قد سقط ، وقبل صدور حكم المحكمة الجزئيــة أودعت الشفيعة الثمن فى خزانة المحكمة ، وتسلمت العين المشفوع فيها ، ثم حكمت المحكمة الجزئية بسقوط حق المدعى عليها فى الأخذ بالشفعة . والمحكمة الاستئنافية قررت : أن أحكام الشفعة مثلها مثل جميع التعهدات والحقوق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، والحكم القاضى بالأحقية فى الشفعة لم تمض عليه هذه المدة ، وأنه عند سكوت القانون فى أمر متعلق بالشفعة يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلاميــة الغراء ، وأن أحكام الشريعة الاسلامية الغراء قضت بأحقية المشترى فى حبس العين المشفوعة لحين قبض الثمن ، فاذا تأخر الشفيع عن أدائه لم تبطل شفعته [٢] ، لأن المقضى به لا يسقط الا بالرضا أو القضا ، وتطبيقا لهذه القاعدة اذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن ، تنفيذا للحكم القاضى بالشفعة ، فللمشترى أن يرفع عليه دعوى يطالبه فيها بدفعه والا بطلت شفعته ، و بما أن المشترى لم يطلب ذلك فى هذه الدعوى ، فضلا عن قيام الشفيعة بدفع الثمن ، فلا محل للحكم بسقوط حقها فى الشفعة [٣] .

حق للبائع فسخ البيع ، كذلك اذا قصر الشفيع فى دفع الثمن المحكوم عليه بدفعه حالة أخذه بالشفعة ، جاز للمشفوع منه طلب الحكم بسقوط حق الشفيع فى تنفيذ الحكم الصادر له بالشفعة بدعوى جديدة مستقلة . والسبب فى هذا هو أن طالب الشفعة الذى يرغب أخذ ما آل للمشترى من حقوق عليه أن يتحمل ما كان على المشترى من الواجبات كما هى . فاذا كان المشترى قد دفع ثمن العين فورا وجب على الشفيع الاقتداء به بدفعه ذلك فورا على أثر الحكم له ، والا سقط حقه فى الانتفاع بذلك الحكم .

(١) استئناف مختلط ٢١ مايو ١٩٠٨ (٢٠ ص ٢٤٤) .

(٢) راجع حاشية ابن عابدين ٥ ص ١٥٧ .

(٣) الزقازيق الابتدائية استئناف (دائرة فوزى جورجى المطيعى بك ومستر فوكس =

٤١٧ — وسقوط حق الشفعة (déchéance) الذى يقضى به القاضى فى حالة عدم دفع ثمن العقار — الذى أصبح مالـكا له — فى ميعاد معين من اعلان الحـكم ، هو فى مصلحة المشفوع منـه . فليس اذن للشفيع الذى لم يدفع الثمن فى الميعاد الممنوح اياه أن يدفع بسقوط حقه قبل المشفوع منه ، ويدعى أنه تنازل عن الشفعة التى يرغب المشفوع منه قيامها ، بل يجب أن يتحمل نتائج الحكم[1] .

وحكم بأنه لا يجوز للشفيع بعد القضاء له بالشفعة أن يرفض دفع الثمن بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه ، وذلك لأن الحـكم نفسه خول حقا مكتسبا للمشفوع ضده أو البائع ، وهو قبض الثمن[2] .

و بأن للشفيع الذى حكم لصالحه أن يطالب بتنفيذ الحـكم ، ولو كان قد مضى على صدوره مدة أربع سنوات ولم يكن دفع الثمن ، الا اذا كلفه المشترى رسميا بالدفع فى ميعاد معين ولم يفعل[3] .

وحكمت بعكس ما تقدم محكمة الاستئناف ، فى أحـد أحكامها ، اذ قررت أن الشفعة عبارة عن تملك مال الغير بغير رضاه ، ولذلك اشترط فيها شروط ضيقة منها عرض الثمن عنـد طلب الشفعة ، فاذا حكم للطالب ، وتأخر عن دفع الثمن

= والقاضى محمود شـكرى) ٢١ أغسطس ١٩٠٩ المجموعة ١١ رقم ٥ ص ١٣ الفهرست العشرية الثانية رقم ٦٢٨ مجموعة ناصر ١٢٨٧ .

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٢١ (٣٣ ص ٣١٧) .

(٢) استئناف أهلى ١٤ مايو ١٩٠٨ (دائرة يحيي ابراهيم باشا ومستر ألستون ومستر كالوينى) الاستقلال ٦ ص ٢٩٢ .

(٣) استئناف ٦ مارس ١٩٠٩ (دائرة أحمد عفيفى بك ومستر مارشال وحسين رشدى بك) المحاكم ٢٤ ص ٥٠٧٠ المجموعة ٧ رقم ٨٨ ص ١٨١ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦٨ الحقوق ٢١ ص ٣٣٤ مجموعة ناصر ١٢٨٦ . وقـد جاء فى أسـباب الحـكم : وحيث ان الحـكم بالشفعة يعتبر كعقد بيع ، وبما أنه لا يجوز فسخ عقد البيع بسبب عدم دفع الثمن ، الا بعد تكليف المشترى بدفع الثمن ولم يقم بسداده بعد التـكليف ، فلذا لا يسقط حق الشفيع فى الشفعة بعد الحـكم له ابتدائيا الا اذا كلفه المشترى بدفع الثمن والمصاريف المحـكوم بها وأعطى له ميعاد ولم يف .

راجع أيضا استئناف مصر ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مجموعة ناصر ٤٧٤٢ .

وتسلم العقار ، عد تأخره تنازلا عن الشفعة للمشترى ، اذ الحكم الذى يصدر بالشفعة هو عبارة عن صك الملكية ، فلا يمكن أن يكون نافذا الا بدفع الثمن الذى هو من أركان تنفيذ ذلك الحكم [1] .

٤١٨ — هل للشفيع حبس الثمن حتى يطهر المشترى العين من الرهون ؟ — اذا دفع المشترى الثمن كله نقدا للبائع كان من حقه أن يأخذه من الشفيع . وليس لهذا أن يحبسه عن المشترى حتى يقوم له بتطهير العين مما يظهر عليها من رهون وحقوق عينية ، لأنه لا ضمان عليه فيها بأصل شرائه ، ولا بحكم الأخذ بالشفعة [2] .

٤١٩ — الفوائد — لا يوجد فى القانون نص يجيز الزام الشفيع بفوائد ثمن العقار المشفوع ، والا يكون ذلك بمثابة دفع تعويض الى المشفوع منه بسبب الضرر الناتج من دعوى الشفعة ، وهذا لا يجيزه القانون ، الا اذا كان للدعوى صفة كيدية [3] .

غير أنه اذا تسلم الشفيع العين ، وكانت ذات ثمرة ، ولم يدفع الثمن ، وجب الحكم عليه بدفع فائدة عن الثمن تعادل الثمرة الناتجة من العين من يوم تسلمها [4] .

---

(١) استئناف ١٧ مايو ١٩٠٤ (دائرة يحيي ابراهيم باشا ومستر ويلمور ومستر كوغلن) المحاكم ١٥ ص ٣٢٨٧ رقم ٣٢ الاستقلال ٣ ص ٢٦٤ الحقوق ١٩ ص ١٢٥ مجموعة ناصر ١٢٩٠ .

(٢) استئناف ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المجموعة ٣١ رقم ٥١ ص ١٤٤ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩١ مجموعة ناصر ٤٧٢٤ .

استئناف مختلط ١٧ ابريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

(٣) اســتئناف مختلط ٢١ ابريل ١٩٠٤ (١٦ ص ٢٠٥) ، ٢٥ يونيــه ١٩١٨ (٣٠ ص ٤٩٠) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ ابريل ١٩٢٩ (دائرة محمد لبيب عطية بك وأحمد نظيف بك وحامد فهمى بك) المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص ٩٨٣ مجموعة ناصر ٤٧٢٨ .

الاستحقاق للغير

٤٢٠ — فى الشريعة الاسلامية — اختلف فى عهدة الشفيع ، أهى على المشترى أم على البائع ، يعنى أن الشفيع اذا أخـذ الشقص ، فظهر مستحقا ، فعلى من يرجع بالثمن ؟ . قال مالك والشافعى وأحمد هى على المشترى ، ويرجع المشترى على البائع . وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى عهـدة الشفيع على البائع .

وعمدة مالك أن الشفعة انمـا وجبت للشريك بعـد حصول ملك المشترى وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

وعمدة ابن أبى ليلى أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروءها على البيع فسخ له وعقد لها . فالحق ثبت للشفيع بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى [١] .

وعند أبى حنيفة اذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع ، فأدى ثمنه ، ثم استحق المبيع ، فان كان أداه للمشترى فعليه ضمانه ، سواء استحق قبل تسليمه اليه أو بعده ، وان كان أداه للبائع ، واستحق المبيع وهو فى يده ، فعليه ضمان الثمن للشفيع [٢] .

٤٢١ — فى القانون — اذا استحق العقار المشفوع للغير بعد الأخـذ بالشفعة فان رجوع الشفيع يكون على البائع ، كما قررت ذلك الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ التى نصها :

« واذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع

« Dans le cas où, après la préemption, l'immeuble serait revendiqué par des tiers, le préempteur

(١) بداية المجتهد ٢ ص ٢٤٨ — المغنى ٥ص ٥٣٤ .

(٢) مرشد الحيران المادة ١٢٨ . وجاء فى المغنى ٥ ص ٥٣٤ : وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشترى فالعهدة عليه ، وان أخذه من البائع فالعهدة عليه ، لأن الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى ، فكان الشفيع آخـذا من البائع مالـكا من جهته فكانت عهدته عليه .

راجع ابن عابدين ٥ ص ١٥٠ .

مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع » .	ne pourra exercer son droit de rccours que contre le vendeur ».

واذا اشترط البائع عدم الضمان فى حالة الاستحقاق ، فان هـذا الشرط يسرى على الشفيع ، لأنه يحل محل المشترى ، بالنسبة للبائع ، فى جميع ما كان له وعليه ، فينتفع بكل الشروط الواردة بالعقد — ما عدا تأجيل الثمن — كما يلتزم بكل ما جاء فيها .

الهلاك

٤٢٢ — لم يتكلم قانون الشفعة فى حالة هلاك الشىء أو تلفه . ونرى وجوب الرجوع الى القواعد العامة . وقد جعل القانون المصرى [١] الهلاك على البائع قبل التسليم ، وعلى المشترى بعـد التسليم ، كما يظهر من نص المادة ٢٩٧ / ٣٧١ [٢] التى جاء فيها : « اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، الا اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » .

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين فترتين :

(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .

(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٣ — (ا) **قبل الحكم نهائيا بالشفعة** — اذا هلك المبيع فى يد البائع ، قبل تسليمه للمشترى ، فالهلاك على البائع ، ولو كان بدون تقصيره أو اهماله ، ووجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع ، وتسقط الشفعة . وهذا سواء أكان

---

(١) أحكام الهلاك فى البيع فى القانون المصرى تخالف أحكام القانون الفرنسى ، لأن هذا القانون الأخير جعل الهلاك على المشترى باعتباره مالكا ، سواء قبل تسليم المبيع اليه أم بعده (المادتان ١١٣٨ و ١٦٢٤) .

(٢) وهى تطبيق للقاعدة العامة التى قررها الشارع فى المادة ١٧٩/٢٤٢ — راجع نجيب الهلالى بك « فى العقود » الجزء الأول نبذة ٤٧٩ .

الهلاك قبل اعلان الشفيع رغبتة الأخـذ بالشفعة أم بعـد اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا .

واذا هلك المبيع فى يد المشترى ، بعد تسليمه اليه ، فالهلاك على المشترى ، وهذا أيضا سواء أكان الهلاك قبل اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، أم قبل اعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى ، أم بعد رفع الدعوى وقبل الحكم فيها نهائيا . وقد رأينا أن للشفيع ، حتى الحكم ، أن يتنازل عن الشفعة [1] .

٤٢٤ — (ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة — اذا هلك المبيع فى يد البائع ، فالهلاك عليه ، ووجب فسخ البيع ، ورد الثمن الى من دفعه ، سواء أكان المشترى ، أم الشفيع .

واذا هلك فى يد المشترى قبل تسليمه الى الشفيع ، فالهلاك يكون على المشترى ، اذ أنه ملزم بتسليم العقار المشفوع ، و بما أنه قد استحال عليه التسليم فتطبق المواد ١٧٧/٢٤٠ وما بعدها . فبناء على المادة ١٧٧/٢٤٠ « تزول التعهدات بالفسخ اذا صار الوفاء بعـد وجودها غير ممكن » . ووفقا للمادة ١٧٩/٢٤٢ « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضا كافة التعهدات المتعلقة به ، بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما استحصل عليه غيره من المنفعة بغير حق » . فيبرأ المشترى من تسليم العقار للشفيع ، ولا يطالب الشفيع بالثمن .

واذا كان الهلاك قد حصل بخطأ المشترى أو بعد تكليفه بالوفاء ، فبناء على المادة ١٧٨/٢٤١ « اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفا رسميا ألزم بالتضمينات » . وهـذا مع وجود الفسخ وزوال الالتزامات المتبادلة [2] .

ومن رأى مسيو فورچير أنه اذا حصل الهلاك ، وكان الشىء فى يد المشترى ، فانه يجب على الشفيع أن يقوم بدفع كل الثمن الى البائع ، لأن هذا

(١) راجع نبذة ٣٥٩ ونبذة ٣٦٩ .

(٢) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٤ .

الأخير قد أخلى نفسه من كل مسئولية عن الحالات القاهرة ، فسلم الشىء الى المشترى الذى حل الشفيع محله . وكذلك يكون الحكم اذا تلف العقار بتقصير المشترى ، وانما يكون للشفيع حق الرجوع على المشترى بالتعويضات اذا كان لها وجه [١] .

٤٢٥ — واذا حصل الهلاك بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

٤٢٦ — الهلاك الجزئى — بمقتضى أحكام البيع العامة اذا كان الهلاك جزئيا ، فهو على المشترى اذا حصل بعد تسليم المبيع اليه . أما اذا حصل فى يد البائع قبل تسليم العقار للمشترى فيطبق حكم المادة ٣٧٢/٢٩٨ التى تنص على أنه « اذا نقصت قيمة المبيع بعيب [٢] حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيرا بين الفسخ و بين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه [٣] ، الا اذا سبق منه رهنه [٤] » .

ولتطبيق هذا الحكم على الشفعة نرى التفريق بين فترتين :

(ا) قبل الحكم نهائيا بالشفعة .

(ب) بعد الحكم نهائيا بالشفعة .

٤٢٧ — قبل الحكم نهائيا بالشفعة — اذا حصل الهلاك الجزئى فى يد البائع ، قبل تسليم المبيع الى المشترى ، كان الخيار للمشترى بين الفسخ و بين

---

(١) فورچير ص ٣٣١ .

(٢) المقصود بالعيب هو هلاك بعض المبيع ماديا ، بدليل أن القانون وضع حكم هذا الهلاك الجزئى بازاء الهلاك الكلى . وقد اجمع الشراح على أن المقصود منه هنا هو نقصان قدر المبيع ، لا نقصان قيمته ووصفه (نجيب الهلالى بك نبذة ٤٩٠) .

(٣) راجع أيضا المادة ٣٧٣/٢٩٩ .

(٤) عبارة « الا اذا سبق منه رهنه » موجودة بالمادة ٣٧٢ المختلطة ، ولم يكن لها مقابل فى المادة ٢٩٨ أهلى ، ولكنها أضيفت اليها بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣ . وعلى ذلك اذا كان المشترى قد رهن المبيع ، فليس له أن يختار فسخ البيع ، لأن الفسخ يضر بحقوق المرتهنين ، فالهلاك الجزئى فى هذه الحالة على المشترى (راجع نجيب الهلالى بك نبذة ٤٩١) .

تحمل الهلاك الجزئى بابقاء المبيع بالثمن المتفق عليــه . واذا حصل الاختيار قبل طلب الشفعة سرى على الشفيع ما اختاره المشترى . فاذا اختار الفسخ سقطت الشفعة . واذا اختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليــه جاز للشفيع أن يطلب المبيع بالشفعة بالثمن المتفق عليه اذا أراد .

واذا طلبت الشفعة قبل حصول الاختيار فان المشترى اما أن يظهر اختياره واما ألا يظهره حتى يتملك الشفيع . واذا أظهر المشترى اختياره رغم طلب الشفعة فاما أن يختار ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، واما أن يختار الفسخ . فاذا اختار ابقاء المبيع فلا ضرر من ذلك على الشفيع ، لأن له حتى الحـكم أن يتنازل عن الشفعة اذا شاء ، واذا اختار المشترى الفسخ سقط حق الشفعة . وليس للشفيع ما يتضرر منــه ، لأنه بالفسخ تعود العين الى البائع كما كانت ، فلم يوجد ما اضطر الشفيع من أجله للمطالبة بالشفعة .

واذا حصل الهلاك الجزئى تحت يد المشترى ، بعد تسلمه العقار المبيع ، فاذا كان قد حصل قبل طلب الشفعة فالهلاك على المشترى ، وللشفيع أن يطلب الشفعة بالثمن المتفق عليه اذا أراد ، أو يترك . أما اذا حصل الهلاك الجزئى بعــد اعلان الرغبة فى الشفعة وقبل الحـكم نهائيا ، فالهلاك على المشترى كذلك، وللشفيع أن يتنازل عن الشفعة اذا أراد ، لأن له ذلك حتى الحـكم (١) .

---

(١) ذهنى بك نبذة ٥٢٤ — راجع العرابى باشا نبذة ١٢٤ .

وقد جاء فى المغنى (٥ ص ٥٠٣ — ٥٠٤) : وان تلف الشقص أو بعضه فى يد المشترى فهو من ضمانه ، لأنه ملـكه تلف فى يده . ثم ان أراد الشفيـع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمى ، وسواء تلف باختيار المشترى كنقصه للبناء ، أو بغير اختياره مثل أن انهدم . ثم ان كانت الانقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة ، وان كانت معدومة أخذ العرصة وما بقى من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم . وهذا قول الثورى والعنبرى وأبى يوسف وقول للشافعى . وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمى كما ذكرنا وان كان بفعل الله تعالى ، كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقى الا بكل الثمن أو يترك . وهذا قول أبى حنيفة وقول الشافعى . لأنه متى كان النقص بفعل آدمى رجع بدله الى المشترى فلا يتضرر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شىء فيكون الأخذ منه اضرارا به والضرر لا يزال بالضرر .

٤٢٨ — (ب) **بعد الحكم نهائيا بالشفعة** — بعد الحكم بالشفعة يحل الشفيع ، بناء على المادة ١٣ ، محل المشفوع منه ، لدى البائع ، فى جميع حقوقه والتزاماته . فاذا كان الهلاك الجزئى فى يد البائع ، ولم يكن المشترى قد أظهر اختياره ، فان الخيار يكون بعد الحكم للشفيع ، فله أن يختار ابقاء المبيع و يدفع الثمن المتفق عليه . واذا اختار الفسخ هل يسرى على المشترى ، وقد يكون راغبا فى أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ؟ الذى نراه أن اختيار الشفيع يسرى على المشترى ، لأن ملكية العين قد انتقلت الى الشفيع ، وقد حل بالنسبة للبائع محل المشترى .

واذا حصل الهلاك الجزئى فى يد المشترى ، بعد الحكم بالشفعة ، أى قبل تسليم العين المشفوعة الى الشفيع ، فانه يكون للشفيع الخيار بين ابقاء العين بالثمن المتفق عليه ، و بين الفسخ [1] .

٤٢٩ — أما اذا حصل الهلاك الجزئى بعد تسليم العقار الى الشفيع فان الهلاك يكون عليه .

العيوب الخفية

٤٣٠ — يكون البائع مسئولا قبل الشفيع عن العيوب الخفية فى الشىء المشفوع ، لأن للمشترى الحق فى الرجوع على البائع من أجل العيوب الخفية ، وقد حل الشفيع محله فى هذا الحق [2] .

ولكن ما الحكم اذا كان المشترى قد تنازل عن حق الرجوع من أجل العيوب clause de non garantie ؟ — الذى نراه هو أنه لا يكون للشفيع حق الرجوع ، لأنه باستعماله حق الشفعة يعتبر أنه قبل كل اشتراطات العقد المتفق عليها بين البائع والمشترى ، وان كان هذا الحكم مختلفا فى الشريعة الاسلامية ، لأن الأخذ بالشفعة معتبر فيها شراء جديدا كما رأينا ولم تقرر الحلول .

(١) قارن ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢٤ .
راجع العرابى باشا نبذة ١٢٣ .
(٢) دى هلتس نبذة ١٩٤ — هالتون ص ١٧٧ — فورچير ص ٣٣٠ .

واذا توصل الشفيع الى اثبات أن البائع كان يعلم بوجود العيوب الخفية عند ما اشترط عدم ضمانه فله أن يلزمه بضمانه ، وفقا للقواعد العامة (مدنى ٣٢١/٣٩٦) .

تصرفات المشترى قبل الأخذ بالشفعة

٤٣١ — *فى الشريعة الاسلامية* — اذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أخذ الشفعة أو قبل علمه فتصرفه صحيح ، لأنه ملكه وصح قبضه له ، ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيبا لم يمنع التصرف فى الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف فى الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه .

فمتى تصرف فيه تصرفا صحيحا تجب به الشفعة ، مثل أن باعه ، فالشفيع بالخيار ان شاء فسخ البيع الثانى وأخذه بالبيع الأول بثمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشترى ، وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ، لأنه شفيع فى العقدين ، فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وان تبايع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، وينفسخ العقدان الأخيران . وله أن يأخذه بالثانى وينفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث ولا ينفسخ شىء من العقود . فاذا أخذه من الثالث دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ولم يرجع على أحد ، لأنه وصل اليه الثمن الذى اشترى به . وان أخذ من الثانى دفع اليه الثمن الذى اشترى به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه ، فيرجع بثمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه . وان أخذ بالبيع الأول دفع الى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به ، وانفسخ عقد الآخرين ، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه . فاذا كان الأول اشتراه بعشرة ، ثم اشتراه الثانى بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالبيع الأول ، دفع الى الأول عشرة ، وأخذ الثانى من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه فى يده وقد انفسخ

عقده فيرجع بثمنه الذى ورثه .

قال فى المغنى[١] : ولانعلم فى هذا خلافا ، و به يقول مالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى .

وجاء فى الفتاوى الهندية : رجل اشترى من آخر دارا بألف درهم ، وباعها من آخر بألفى درهم ، وسلمها ، ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول . قال أبو يوسف يأخذها من الذى هى فى يديه ويدفع اليه ألف درهم و يقال له أطلب صاحبك الذى باعك فخذ منه ألفا آخر . وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة اذا حضر الشفيع وقد باع المشترى الدار وسلمها وغاب وأراد أن يأخذها بالبيع الأول فلا خصومة بينه و بين المشترى الآخر . فالحاصل أن الشفيع لو أراد أخذها بالبيع الأول يشترط حضرة المشترى الأول عند أبى حنيفه ، وهو قول محمد ، وفى قول أبى يوسف لا تشترط حضرته ، وان أراد أخذها بالبيع الثانى لا تشترط حضرة المشترى الأول بلا خلاف . كذا فى المحيط[٢] .

وذكر فى المنتقى قال اذا اشترى دارا بألف درهم ثم باعها بألفين ، فعلم الشفيع بالبيع الثانى ، ولم يعلم بالأول ، فخاصم فيها ، فأخذها بالشفعة بالبيع الثانى بحكم الحاكم أو بغير حكمه ، ثم علم بالبيع الأول ، فليس له أن ينقض ما أخذه ، و بطلت شفعته فى البيع الأول[٣] .

وان تصرف المشترى فى الشقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف والهبة والرهن ، أو جعله مسجدا وصلى فيه ، أو جعله مقبرة ودفن فيها ، فقال أبو بكر للشفيع فسخ ذلك التصرف و يأخذه بالثمن الذى وقع البيع به . وهو قول مالك والشافعى وأبى حنيفة[٤] وأصحاب الرأى ، لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى والثالث مع امكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ،

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٨٨ — ٤٨٩ — المهذب ١ ص ٣٨٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٧٧ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

(٤) راجع الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨١ .

ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى ، فلم يملك المشـترى أن يتصرف تصرفا يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير ، كما لو وقف المريض أملاكه وعليـه دين ، فانه اذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه .

وقال القاضى المنصوص عن أحمد فى رواية على بن سـعيد و بكر بن محمد اسقاط الشفعة فيما اذا تصرف بالوقف والهبة . وحكى ذلك عن الماسرجسى فى الوقف ، لأن الشفعة انما تثبت فى المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا . وقال ابن أبى موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها ، ولا شفعة فيها . ولأن فى الشفعة ههنا اضرارا بالموهوب له والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يزال الضرر بالضرر ، بخلاف البيع فانه اذا فسخ البيع الثانى رجع المشترى الثانى بالثمن الذى أخذ منـه فلا يلحقه ضرر . ولأن ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك ، فاذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام ، وان قلنـا بثبوتها فان الشفيع يأخذ الشقص ممن هو فى يده و يفسخ عقده و يدفع الثمن الى المشترى . وحكى عن مالك أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملـكه . قال فى المغنى (١) : ولنا أن الشفيع يبطل الهبة و يأخذ الشقص بحكم العـقد الأول ، ولو لم يـكن وهب كان الثمن له كذلك بعـد الهبة المفسوخة .

فى القانون

٤٣٢ — ***حق الاستغلال والادارة*** — ان حكم الشفعة ينقل الملكية ولا يقررها ، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى . و بهذا المعنى حكمت محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة فى ٢٩ مارس ١٩٢٢ (٢) . وحكمت

---

(١) المغنى ٥ ص ٤٩٠ — ٤٩١ .

(٢) ٢٩ مارس ١٩٢٢ المجموعة ٢٤ ص ٤١ المحاماة ٦ رقم ١٩٣ ص٢٤١ ، ما تقدم نبذة ٤٠٥ .

محكمة الاستئناف فى ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ بأن تطبيق هذا المبدأ ، الذى اطمأن اليه القضاء العالى ، يسقط معه أى ادعاء للمستأنف (الشفيع) فى المطالبة بفوائد ثمن العين أو ريعها قبل وصول هذا الثمن للمشفوع منها ، كما تسقط معه دفوعه عن اضطراره لايداع الثمن لتعنت المشتريين وانكارهما عليه حقه ، فان المبدأ قد غطى كل خلاف على حق شفعة [١] .

وسنتكلم فيما بعد فى البناء والغراس [٢] .

٤٣٣ — التصرفات — يجب التفرقة بالنسبة للتصرفات التى تقع من المشترى — بين (١) التى تكون قبل تسجيل طلب الشفعة المنصوص عليه فى المادة ١٤ ، و (ب) التى تكون بعده .

٤٣٤ — التصرفات الحاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة — حق الشفعة ليس من نتائجه منع المشترى من التصرف فى العقار لمصلحة الشفيع المحتمل أثناء المدة التى تجوز المطالبة فيها بالشفعة [٣] ، وقد تكون هذه المدة طويلة اذا لم يعلم من له حق الشفعة بالبيع وشروطه .

فللمشترى أثناء هـذه المدة أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ، فله أن يبيع العقار الذى اشتراه أو يرهنه أو يقرر عليه حقوقا عينية أخرى ، وكل هـذه التصرفات اذا كانت تسرى على الغير ، أى اذا كانت مسجلة أو مقيـدة ، فانه يمكن الاحتجاج بها ضد الشفيع ، ما دامت حاصلة قبل تسجيل طلب الشفعة .

وقد تكون هـذه الحقوق مرهقة لدرجة تمنع الشفيع من المطالبة بالشفعة .
وكما يجوز للمشترى أن يبيع يجوز له أيضا أن يقايض على العقار الذى اشتراه ، وقد تقدم أن المقايضة لا تعطى الحق فى الشفعة ، فاذا حصلت المقايضة أثناء هذه المدة

---

(١) استئناف ١٣ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة متولى غنيم بك ومحمد لبيب عطية بك ومحمد زغلول بك) المحاماة ٦ رقم ١٩٢ ص ٢٣٩ .

(٢) نبذة ٤٤٦ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) ، ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٤١) .

فانها تمنع من الشفعة . ولكن يكون للشفيع أن يطعن فى جميع التصرفات المتقدمة ويطلب بطلانها . وانما عليه أن يثبت أنها ليست حقيقية ، بل صورية .

٤٣٥ — بيع المشترى العين قبل طلبها بالشفعة — ذكرنا فيما تقدم[(١)] حكم الشريعة الاسلامية فى حالة تصرف المشترى فى العين التى اشتراها بالبيع قبل تقديم طلب بالشفعة فيها . ونتكلم الآن فى حكم القانون فى هذا الموضوع .

نصت المادة ٩ من قانون الشفعة على أن :

« العين الجائز أخذها بالشفعة اذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب ما بالشفعة فيها وتسجيله ، كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة الا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها[(٢)] » .

« Lorsque l'immeuble sujet à préemption aura été revendu avant qu'aucune déclaration de préemption n'ait été faite et transcrite comme il est dit à l'article 14 qui suit, l'action en préemption ne pourra s'exercer que contre le deuxième acquéreur et suivant les conditions de son contrat ».

فاذا بيع العقار مرتين ، ولم يستعمل الشفيع حق الشفعة فى البيع الأول ، فلا يترتب على ذلك سقوط حقه فى البيع الثانى ، لأن حق الشفعة يتجدد ويمكن استعماله عند كل بيع[(٣)] .

ولم يكن فى القانون المدنى نص يلزم الشفيع بأن يأخذ بالثمن الثانى عند بيع العين المطلوبة بالشفعة ، وجرت المحاكم فى أحكامها على مبدأ جواز الأخذ بالشفعة بثمن المبيع الأول فى الدعاوى المرفوعة قبل صدور قانون الشفعة الجديد ، وذلك

---

(١) نبذة ٤٣١ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) المحاماة ٣ رقم ٤٥٢ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٣ ، أول مايو ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ .

(٣) سمالوط الجزئية ٣٠ مايو ١٩٢٦ (القاضى اسكندر حنا) المحاماة ٦ رقم ٤٥١ ص ٧٤٦ مجموعة ناصر ٤٧٠٩ .

وفقا لما قرره أغلب علماء الشريعة [١] .

والنص الذى جاء به قانون الشفعة ليس فى مصلحة الشفيع ، بل هو خطر عليه ، اذ يجد نفسه أمام عقد جديد شروطه أشد بالنسبة له من شروط عقد البيع الأول وثمنه أعلى ، وقد يكون العقد الجديد حصل بقصد منعه من الشفعة ، ويكون من المتعذر عليه اثبات أن هذا الثمن ليس جديا .

٤٣٦ — رفع الدعوى على المشترى الثانى والبائع له — اذا باع المشترى العقار المشفوع قبل طلب الشفعة وتسجيله وجب رفع دعوى الشفعة على المشترى الثانى وطلب الشفعة منه بحسب شروط عقد مشتراه ، بمعنى أن البيع الأول يعتبر غير موجود [٢] .

ولا تقبل دعوى الشفعة اذا رفعت على المشترى الأول وحده [٣] .

ولأجل اقامة دعوى الشفعة على المشترى الثانى يجب أن يكون البيع الجديد مسجلا ، لأنه بتسجيله يستطيع الشفيع أن يعلم بالشراء الثانى ، فيرفع الدعوى على المشترى الثانى . فاذا لم يكن مسجلا جاز للشفيع أن يرفع دعواه على المشترى

---

(١) راجع استئناف ١١ يونيه ١٩٠٣ (دائرة أحمد عفيفى بك ومسيو دى هلتس ومستر ويلمور) المجموعة ٥ رقم ٣١ ص ٦٩ .

استئناف ٧ نوفمبر ١٨٩٥ (دائرة عمر رشدى بك ومسيو دى هلتس ومسيو كامران) القضا ٣ ص ١١٠ .

(٢) استئناف مختلط أول مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٧٤) ، ٢٦ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩١٢ (٢٤ ص ٢٤٥) ، ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) .

استئناف أهلى ١٤ ديسمبر ١٩٢١ (دائرة مستر مارشال وعطية حسنى بك وعلى حسين بك) المجموعة ٢٤ رقم ٢١ ص ٣٣ .

راجع أيضا استئناف مختلط ٦ أبريل ١٩٢٠ (٣٢ ص ٢٥٧) . وقد قرر هذا الحكم أن عدم قبول طلب الشفعة المبنى على كون الشفيع لم يرفع دعواه فى الميعاد المعين فى القانون الا ضد المشترى الأول ، وليس ضد المشترى الثانى ، يتعلق بمعرفة ما اذا كان الشراء اللاحق صوريا أم لا .

الأول [١] .

واذا كان الشفيع يعلم بالبيع الثانى ، كما اذا أرسل اليه المشترى الثانى اعلانا رسميا ، بتكليفه بابداء رغبته وفقا للمادة ٢١ من قانون الشفعة ، فترفع الدعوى على المشترى الثانى [٢] .

وقد حكم بأن قانون الشفعة لم يخضع لاجراء التسجيل العقود التى يبرمها المشفوع منه مع الغير . على أن هذا الاجراء لا تكون له مزية عملية فى العلاقات بين الشفيع والمشفوع منه ، لأن هـذه العلاقات لا يترتب عليها أية منـازعة فى ملـكية العقار المشفوع ، لأن الشفعة مقررة حتى بالنسبة للبيوع المسجلة [٣] .

وبأن عقـدى البيع الأول والبيع الثانى ، ولو كانا غير مسجلين ، يمكن الاحتجاج بهما على الشفيع ما دام لم يسجل طلبه ، وهـذا التسجيل هو وحـده الذى يقرره قانون الشفعة [٤] ، ولا يوجد أى نص فى القانون يلزم المشترى الذى يرغب فى البيع بأن يسجل عقد البيع الثانى من أجل الشفعات المحتملة [٥] .

وقررت محـكمة مصر أنه اذا كان عقـد المشترى الثانى مسجلا ، وهـذا المشترى أجنبيا ، وجب على المشترى الأول أن يطلب عدم قبول الدعوى ، لأن الملك انتقل من يده ، لا أن يطلب عدم الاختصاص ، لأن المشترى الثانى أجنبى [٦] .

وقد حكم بأنه اذا اشترى البائع عقاره المبيع فلا يعتبر أجنبيا بالنسبة للشفيع.

---

(١) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى حافظ عبد النبي والقاضى أحمد قحه) الاستقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ .

(٢) راجع ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١ ص ٧٢٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٢٤) .

(٤) استئناف مختلط ٧ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٦٩) .

(٥) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٣) .

(٦) مصر الابتدائية ٢٨ نوفمبر ١٩٠٣ (دائرة محمود رشاد بك والقاضى حافظ عبد النبي والقاضى أحمد قحة) الاسـتقلال ٤ رقم ٥١٠ ص ٥٧٨ الحقوق ٢٠ رقم ١٠٧ ص ٢٥٦ . وقد تأيد هذا الحـكم استئنافيا فى ٢ مايو ١٩٠٥ .

وعليه فلا يمكنه أن يحرم هذا الأخير من حقه فى الأخـذ بالشفعة بحجة أن العقد الذى بيعت به العين تسجل قبل تسجيل اعلان طلب الأخذ بالشفعة [(١)] .

وترفع الدعوى على البائع الأخير ، لا على البائع الأصلى ، لأن البيع الأول يعتبر كما قلنا غير موجود بالنسبة للشفيع ، ويكون البائع الذى يجب رفع دعوى الشفعة عليه هو البائع الأخير [(٢)] .

وقد حكم بأن طلب الشفعة لا ينشىء حقا ضد المشفوع منه شخصيا . فاذا لم يبق المشترى الأول مالـكا للعقار ، فلا توجـد أية رابطة قانونيـة بينه و بين الشفيع ، الا اذا أصبح ، بسبب أفعـاله الحاصلة بسوء نيـة ، مسئولا قبله بناء على شبه جنحة [(٣)] .

(١) ميت غمر الجزئية ٧ مايو ١٩٠٨ (القاضى مصطفى النحاس) المجموعة ٩ رقم ١٣٠ ص ٣٠٥ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٥٣ . وجاء فى هـذا الحـكم :

« وحيث انه وان كان تسجيل هذا البيع سابقا على تسجيل اعلان الأخذ بالشفعة الا أنه حصل بعد تاريخ الاعلان المذكور وعلم المدعى عليهما به ، وهذا كاف بتعلق حق المدعى بالعين المبيعة ، فلا يسرى عليه كل تصرف يحصل بينهما بعد هذا الاعلان . أما اشتراط التسجيل فلم يكن الا فى فائدة الغير دون المدعى عليهما .

« وحيث انه لا عبرة بما أبداه المدعى عليهما من أن البيع الثـانى رد للمبيع الأول لعدم قيام المشترى بدفع الثمن ، اذ أن البيع الأول تم بمجرد توقيع صيغته بدون تعليق على شرط ما فى عقده ، فيكون البيع الثانى بيعا قائما بذاته أيضا كما هو واضح من نصه ، وقد صدر بعد اعلان المدعى للمدعى عليهما بأخذ العين المبيعة بالشفعة ، فيكون تهريبا من حقه ، ولا يسرى عليـه » .

(٢) دى هلتس نبذة ١٩٦ .

ولا نوافق الأستاذ ذهنى بك على ما يقوله من أن المشترى الأول لا يدخـل دعوى الشفعة ولا يكون خصما فيها ، بل يدخل فيها المشترى الثانى فقط مع البائع الأصلى ، وان الشفيع يحل محل المشترى الثانى قبل البائع الأصلى ، وأنه اذا استحق العقار المشفوع كلا أو بعضا لا يرجع الشفيع الا على البائع الأصلى ، لا على المشترى الثانى ولا على المشترى الأول الخ (ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١) — لا نوافقه على ما يقوله ، ونرى أنه اذا باع المشترى العين التى اشتراها فان دعوى الشفعة ترفع على المشترى الثانى والبائع له (أى المشترى الأول) ، وأن الشفيع اذا قضى له بالشفعة يحل محل المشترى الثانى قبل المشترى الأول ، ويعتـبر البيع كأنه حصل من المشترى الأول للشفيع ، أى أن الشفيع يعتبر كخلف للمشترى الأول ، وهو الذى يرجع عليه الشفيع فى حالة الاستحقاق .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مارس ١٩١٨ (٣٠ ص ٣١٣) .

٤٣٧ — الطعن فى البيع الثانى بالصورية — للشفيع أن ينازع المشترى الثانى اذا رأى أن مشتراه صورى بقصد منع الشفعة بالثمن والشروط التى حصل بها البيع الأول ، واذا أثبت ذلك يحكم له بالشفعة بالثمن الحقيقى [(١)].

ويلاحظ أنه اذا كان الثمن الصورى الذى يطعن فيه الشفيع يزيد على نصاب القاضى الجزئى ، وكان ثمن البيع الأول من نصاب القاضى الجزئى ، فان الدعوى ترفع أمام المحكمة الكلية ، لأن الثمن المذكور فى البيع الثانى ، وان كان الشفيع يطعن فيه بالصورية ، فانه يخرج الدعوى من اختصاص القاضى الجزئى [(٢)].

وليس الشفيع ملزما بأن يعرض احتياطيا دفع الثمن الوارد فى عقد البيع الثانى عند الحكم بعدم صورية هذا البيع ما لم يطلب احتياطيا الحكم له بالشفعة فى البيع الثانى ولم يكن طلبه مقصورا على الشفعة فى البيع الأول. وعلى ذلك فدعوى الشفعة مقبولة فى هذه الحالة بالرغم من عدم العرض الاحتياطى [(٣)].

٤٣٨ — والبينة على الشفيع اذا ادعى أن البيع الثانى الصادر من المشترى كان بيعا صوريا حصل بقصد الهروب من الشفعة [(٤)].

وللشفيع أن يلجأ الى اليمين الحاسمة serment décisoire لاثبات صورية البيع الثانى [(٥)]. وهذه اليمين يجب عليه أن يوجهها الى المشترى الثانى ، لأن

---

(١) المنصورة الابتدائية أول فبراير ١٩١٧ (دائرة فوزى المطيعى بك والقاضى حسن رفعت والقاضى عبد الوهاب عزت) الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ مجموعة ناصر ١٢١٠ .
استئناف أهلى ٢٠ ينـاير ١٩١٥ (دائرة محمد توفيق رفعت بك وعبد الحميد رضا بك ومستر كلابكوت) الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ مجموعة ناصر ١٢٠٩ .
راجع أيضا استئناف مختلط ١٢ فبراير ١٩١٤ (٢٦ ص ٢٢٣) ، ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) ، ٢١ فبراير ١٩٢٢ (٣٤ ص ١٩٢) .

(٢) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٢١ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٦٠ .

(٤) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٤٩ .

(٥) استئناف مختلط ١٥ نوفبر ١٩٠٦ (١٩ ص ٦) .

المشترى الأول فى حالة بيعه يعتبره القانون من الغير tiers ، فلا تربطه بالشفيع أية رابطة قانونية [(١)] .

وقد حكم بأن اليمين التى يوجهها الشفيع الى المشترى الأول عن حقيقة الثمن الذى اشترى به لا تكون مقبولة ، لأنها غير متعلقة بالشفعة الموجهة ضد المشترى الثانى [(٢)] .

٤٣٩ — واذا قام الشك فى صحة البيع الثانى وجب تفسير الشك فى مصلحة المدعى عليه فى دعوى الشفعة [(٣)] .

وحكم بأن كون المشترى الثانى أما أو أختا أو أخا لمن باع لا يكفى وحده لاعتبار العقد صوريا . وكون البيع الثانى حصل بثمن أعلى من الثمن الأول بكثير يثير الشك فى صحة العقد فى الظاهر فقط اذا كان الشفيع لا ينكر أن ثمن الصفقة الثانية أقل من ثمن المثل ، ولا سيما اذا كان العقد المطعون فيه قد أمضى وأثبت تاريخه قبل طلب الشفعة [(٤)] .

وبأن تحرير عقد رسمى بالبيع الثانى بعد تسجيل طلب الشفعة بخمسة شهور يعتبر قرينة على عدم صحة البيع الثانى الحاصل بعقد عرفى [(٥)] .

٤٤٠ — والشفيع الذى يحرم من حقه بسبب تأخيره فى الطلب لا تكون له صفة فى الطعن بالصورية فى البيع الثانى الذى بنى عليه حق شفعته [(٦)] .

٤٤١ — ويترتب على المادة ٩ المتقدم ذكرها التى تقضى بأن الشفعة انما

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٢٣ (٣٥ ص ٣٩٨) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ابريل ١٩٣٢ المحاماة ٤ رقم ٥٩٦ ص ٧٨٨ ، الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ (٣٥ ص ٢١٢) المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ .

(٤) استئناف مختلط ١٣ فبراير ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤٤٢ ص ٥٤٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٩٤ .

(٥) استئناف مختلط ١٨ يناير ١٩٢٧ (٣٩ ص ١٧١) المحاماة ٨ رقم ٤٠٦ ص ٦١٤ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠٧٩ .

(٦) استئناف مختلط ٣ ابريل ١٩١٣ (٢٥ ص ٢٨١) .

تطلب من المشترى الثانى منع الشفعة اذا كان البيع حاصلا من الأصول الى الفروع . فاذا باع المشترى العين المشفوعة الى ولده قبل طلب الشفعة فلا شفعة[1] .

٤٤٢ — واذا باع المشترى العقار موضوع الشفعة فانه لا يكون ملزما قبل المشترى الثانى بأى ضمان قانونى لنزع العقار منه بسبب استعمال حق الشفعة ، بل يجب على المشترى الثانى أن يحتاط لهذا الخطر ويمنع رفع دعوى الشفعة على البائع له بشروط عقد هذا الأخير[2] .

٤٤٣ — **التصرف فى جزء من العقار** — اذا بيع جزء من العقار المشفوع قبل أن يسجل طلب الشفعة ، وكان الجزء المبيع جزءا مفرزا divise ، فللشفيع أن يجزأ دعواه ويرفعها على المشترى الأول وحده من أجل الجزء الذى استبقاه ، أو على المشترى الثانى وحده من أجل الجزء الذى بيع له ، وله أن يرفعها بالكل على الاثنين[3] .

واذا بيع جزء شائع من العقار المشفوع قبل تسجيل طلب الشفعة ، فاذا حرم الشفيع من حق الشفعة قبل المشترى الثانى لهذا الجزء ، أو اذا تنازل عن حقه فى الشفعة قبله ، فانه بمقتضى المادة ١١ لا يقبل منه أن يشفع ضد المشترى الأول فى الجزء الشائع الذى استبقاه ، لأن الشفيع يكون فى نفس المركز الذى يكون فيه لو أن العقار بيع فى مبدأ الأمر على الشيوع للملاك الحاليين[4] .

٤٤٤ — **(ب) التصرفات الحاصلة بعد تسجيل طلب الشفعة** — اذا وقعت تصرفات المشترى بعد تسجيل طلب الشفعة فقد نصت المادة ١٢ على أن :

« كل رهن من المشترى[5] « Sont sans effet à l'égard du

(١) قارن العرابى باشا نبذة ١٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٧٦) .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ ابريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أبريل ١٩٠٦ (١٨ ص ٢١٩) .

(١) يشمل الرهن : الرهن التأمينى والرهن الحيازى العقارى ، وان كان النص الفرنسى لا يشير الا الى الرهن التأمينى .

وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع[١] وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقا للمادة الرابعة عشرة الآتية لا يسرى على الشفيع، ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار[٢] » .

préempteur, les inscriptions hypothécaires et les affectations spéciales prises contre l'acquéreur, de même que toutes ventes et tous autres droits réels par lui consentis ou acquis contre lui, postérieurement à la date de la transcription qui devra être faite de la déclaration de préemption, conformément à l'article 14 ci-après. Néanmoins les créanciers privilégiés ou hypothécaires conserveront leurs droits de préférence sur le prix de l'immeuble revenant au préempté ».

فبناء على المادة ١٢ أصحاب الحقوق العينية الذين حصلوا على حقوقهم من المشترى بعد تسجيل طلب الشفعة ليس لهم أن يحتجوا بحقوقهم على الشفيع ، ولو كانت مسجلة أو مقيدة . ويؤخذ من المادة ١٢ بمفهوم المخالفة أن الذين حصلوا على حقوقهم قبل تسجيل طلب الشفعة لهم أن يتمسكوا بها ، ولكن يلزمهم تسجيل حقوقهم أو قيدها اذا كان ذلك ضروريا للاحتجاج بحقوقهم على الغير ، اذ أن الشفيع ، وقد أصبح بمقتضى المادة ١٣ خلف البائع المباشر ، يعتبر من الغير بالنسبة للمشفوع منه[٣] .

والجزء الأخير من المادة ١٢ — الذى يقرر أنه يبقى لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن

(١) أو مقايضة أو نحو ذلك ، وان كان النص لم يذكر الا البيع ، اذ لا مبرر للتمييز — ذهنى بك نبذة ٥٢١ .

(٢) استئناف ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٣٢) الاستقلال ٢ رقم ١٧٤ ص١٨١ ، ١٧ أبريل ١٩١٧ (٢٩ ص ٣٧٢) .

مصر الابتدائية ١٧ يوليه ١٩٠٧ (دائرة ابراهيم وجيه بك والقاضى توفيق زاهر والقاضى على ماهر) الاستقلال ٥ رقم ٢٠٤ ص ٤٦٧ .

(٣) فورچير ٣٣٢ — دى هلتس ١٨٩ .

العقار — لا ينطبق الا اذا كان المشترى قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع فى هذه الحالة يسدد الثمن الى المشترى الذى قام بدفعه ، ويستعمل أصحاب الديون الممتازة والدائنون المرتهنون حقوق أولويتهم على هـذا الثمن . أما اذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن الى البائع ، فان الشفيع يقوم بدفعه اليه ، وفى هذه الحالة لا يكون لأصحاب الديون الممتازة والدائنين المرتهنين حق الأولوية على الثمن .

البناء والغراس

٤٤٥ — **فى الشريعة الاسلامية** — اذا جـدد المشترى فى العقار المشفوع شيئا لم يكن موجودا من قبل ، فان الزيادة التى جـددها اما أن تكون لها قيمة بعد نقضها ، كالبناء والغرس والزرع ، واما أن لا تكون لها قيمة بعـد نقضها ، كطلاء البناء بالجير والألوان .

فاذا كانت الزيادة مما له قيمة بعـد نقضه ، كأن بنى فى العقار أو غرس أشجارا ، فاما أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض ، وفى هـذه الحالة يكون للشفيع أخذ البناء أو الغرس بقيمتهما مستحقين للهدم أو للقلع ، زيادة على ثمن الشفعة ، وبين أن يكلف المشترى بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خاليـة منهما [(١)] .

وان كان الهدم أو القلع يضر بالأرض كان للشفيع أخذ البناء أو الأشجار مستحقين للهدم أو القلع ولو جبرا على المشترى ، وله تحمل الضرر وتكليفه بالازالة .

هـذا هو رأى الامام ومحمد ، والعلة فيـه هى أن المشترى بنى أو غرس فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من له الحق ، فيكون متعديا بالنسبة اليـه .

وعنـد أبى يوسف والشافعى ومالك يخير الشفيع فى الحالتين بين أمرين ، اما أخذ البناء أو الغراس بقيمتهما قائمين ، أى مستحقين البقاء ، وتعتبر القيمة يوم

(١) مرشد الحيران المادة ١٣٠ .

الأخذ ، واما ترك الشفعة ، وعلة ذلك أن المشترى غير متعد لثبوت ملكه فى الشراء ، فلا يعامل معاملة المتعدى بتكليفه بالقلع أو تركه بقيمته مستحقا للهدم أو القلع .

واذا كان ما زيد له نهاية معلومة ، كالزرع ، فليس للشفيع اجبار المشترى على قلعه استحسانا ، اذ لا ضرر عليه فى بقائه ، لأنه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع .

واذا زاد المشترى على العقار المشفوع شيئا مما لا قيمة له بعد نقضه ، بأن بيضه أو صبغه بالألوان ، فان الشفيع يكون بالخيار ان شاء أخذه بالثمن وقيمة الزيادة ، وان شاء ترك الشفعة [1] .

٤٤٦ — فى قانون الشفعة — نص قانون الشفعة فى المادة ١٠ منه على حكم البناء والغراس ، فقرر أنه :

« اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما ، بناء على رغبة المشترى ، اما أن يدفع له ما صرفه ، أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء والغراس [2] .

أما اذا حصل البناء أو

« Si, avant la déclaration de préemption, l'acquéreur a fait des constructions ou des plantations sur l'immeuble, le préempteur est tenu de rembourser, suivant l'option de l'acquéreur, soit la somme dépensée, soit le montant de la plus-value que ces constructions ou plantations ont apportée à l'immeuble.

Si les constructions ou les plan-

---

(١) مرشد الحيران المادة ١٣٠ — المجلة المادة ١٠٤٤ — كتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح بك ص ٨٧ وما بعدها — شرح مرشد الحيران ص ١١٢ وما بعدها — الفتاوى الهندية ٥ ص ١٨٠ .

(٢) وهذا موافق لرأى أبى يوسف والشافعى ومالك .

راجع العطارين الجزئية ١٣ اكتوبر ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٩١ ص ٧٨١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٠١٤ مجموعة ناصر ٤٧١٠ .

الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار ان شاء طلب ازالتهما وان شاء طلب بقاءهما وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس (١) .

أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه » (٢) .

tations sont faites postérieurement à la déclaration de préemption, le préempteur peut exiger qu'elles soient enlevées. S'il préfère les garder, il n'est tenu qu'au paiement des matériaux et de la main-d'œuvre ou au remboursement des frais de plantations. Néanmoins les dépenses nécessaires pour la conservation de l'immeuble devront toujours être remboursées à l'acquéreur préempté ».

فليس للشفيع لحين اعلانه طلب الأخذ بالشفعة أى حق قبل المشترى ، فليس له أن ينازعه فى حقه كمالك قبل هذا الاعلان ، والمشترى وحده هو الذى له حق التصرف فى ملكيته ، فله أن يشرع فى الهدم أو فى البناء ، ولا يجبر المشترى على اعادة الأملاك الى حالتها الأولى ، وعلى الشفيع أن يدفع اليه المصاريف النافعة التى أنفقها (٣) .

وليس للمشترى الذى يوجه اليه اعلان الشفعة أن يطلب زيادة القيمة الناتجة عن البناء والأعمال التى أوجدها بعد هذا الاعلان ، فليس له حق الا فى قيمة الأدوات وأجرة العمل أو فى مصاريف الزرع اذا أراد الشفيع أن يحتفظ به (٤) .

وقد حكم بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشترى قبل الشفعة بتحضير رسوم و بيانات عن مصاريف العقار المراد بناؤه على الأرض المشتراه تدخل من

---

(١) وهذا موافق لرأى الامام .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ ينـاير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) الاستقلال ٤ رقم ٤٧١ ص ٥٤٨ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢ ينـاير ١٩٠٢ (١٤ ص ٧١) ، ٣ فبراير ١٩٠١ (١٣ ص ١٠١) .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ يناير ١٩٠٥ (١٧ ص ١٠٢) .

ضمن المبالغ التى يلزم الشفيع بدفعها ، ولكن يترتب على دفع هذه الأتعاب أن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكا للشفيع [(١)] .

٤٤٧ — **مصاريف تحسين العين** — للمشترى أن يطالب الشفيع بالمصاريف التى صرفها لتحسين حالة العين . أما المصاريف العادية التى يستلزمها الاستغلال وفوائد ثمن العين فلا حق له بطلبها من الشفيع ، ما دام قد استحوذ على الريع [(٢)] .

٤٤٨ — واذا تبين أن زيادة قيمة الأرض المشفوع بها لم تكن ناتجة عن اصلاح أحدثه المشترى فيها ، بل هى زيادة عامة حصلت لعموم الأراضى ، فلا وجه للحكم بقيمة تلك الزيادة [(٣)] .

---

(١) استئناف مختلط ٨ مارس ١٩٢٧ (٣٩ ص ٣٠٩) .

(٢) مصر الابتدائية ١٩ ابريل ١٩٠٢ ، وقد تأيد استئنافيا فى ١٦ ديسمبر ١٩٠٢ ، المحاكم ١٣ ص ٢٨٦٤ الحقوق ١٧ ص ٢٧٨ مجموعة ناصر ١٢١١ .

راجع استئناف ١٨ مارس ١٩١٤ (دائرة أحمد موسى بك ومستر برسيفال ومحمد شكرى باشا) الشرائع ١ رقم ٢٧١ ص ١٤٦ مجموعة ناصر ١٢١٢ .

استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

(٣) استئناف ١٤ فبراير ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١٣٠ القضا ٢ ص ١٨٠ مجموعة ناصر ١٢٢١ .

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

Retrait d'indivision

٤٤٩ — حالة الشيوع التى تترتب عليها القسمة تأتى اما من طريق الارث ، واما بسبب عقد ، كالشركة ، أو الشراء ، أو الهبة ، أو الوصية الخ [1] .

أما فى الحالة الأولى فان الوارث يمكنه أن يبيع حصته المشاعة ، اما لوارث مثله أو لشخص أجنبى . وقد نص كثير من الشرائع على اعطاء باقى الورثة الحق فى أن يستردوا لأنفسهم الحصة المبيعة لأجنبى ، لكى يمنعوا ذلك الأجنبى من الدخول بينهم . وفى القانون الفرنسى يعرف هذا الحق بحق الاسترداد الوراثى Retrait successoral ، وهو مقصور على حالة الارث ، ولا يكون الا فى حصة شائعة فى جميع أموال التركة ، ثابتة أو منقولة ، أو فى جزء من حصته فيها ، فلا وجود لهذا الحق اذا كان المتنازل عنه حقا فى عقار معين على الشيوع بين الورثة ، كما سيجىء .

وفى الشركات المدنية يجوز للشركاء أن يبيعوا حقهم فيها اذا وجد نص صريح فى عقد الشركة يبيح ذلك ، أو اذا اتفق جميع الشركاء على ذلك .

والشريك فى الملك المشاع فى الأحوال الأخرى قد يبيع نصيبه أيضا لشريك معه أو لأجنبى .

ففى كل أحوال الشيوع المتقدمة اذا حصل البيع لأجنبى فان القانون المصرى يعطى شركاء البائع فى الحصة المبيعة الحق فى استردادها لأنفسهم بشروط مخصوصة . وهذا الحق مذكور فى المادة ٤٦٢ /٥٦١ مدنى .

٤٥٠ — ***حق الاسترداد الوراثى فى القانون الفرنسى*** [2] — تكلم القانون الفرنسى فى حق الاسترداد الوراثى فى المادة ٨٤١ التى جاء فيها :

---

(١) راجع كتابنا « الملكية والحقوق العينية » جزء ١ نبذة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) راجع :

Baudry-Lacantinerie & Wahl - Des successions, t. III, § 2575 et s.

Dalloz Pratique, t. XI, mot : "Succession", § 1287 et s.

« لكل ورثة المتوفى أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص لم يكن وارثا، ولو كان قريبا للمتوفى ، تنازل له أحد الورثة عن حقه فى التركة ، وذلك بأن يدفعوا له ثمن الحق المتنازل له عنه » .

« Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écarté du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ».

٤٥١ — حق الاسترداد فى القانون المصرى — نصت المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية على أنه :

« يجوز للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة » .

« Les copropriétaires originaires peuvent, jusqu'au partage, racheter la part indivise qui aurait été vendue par l'un d'eux à un tiers, en lui remboursant le prix, les loyaux coûts et les dépenses nécessaires et utiles ».

ويلاحظ أن النص الفرنسى للمادة ٤٦٢ قد ورد فيه لفظ « الأصليين » بعد لفظ « الشركاء » ، وهذا اللفظ غير وارد فى النص العربى .

والنص الفرنسى للمادة ٤٦٢ الأهلية مطابق لنص المادة ٥٦١ المختلطة .

فحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٥٦١/٤٦٢ لا يوجد الا فى حالة بيع مالك على الشيوع حصته الشائعة كلها أو بعضها لأجنبى .

٤٥٢ — ويوجد فى المجموعة المختلطة مادتان لا مثيل لهما فى المجموعة

Josserand, t. III, § 1059 et s.

Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions § 551 et s.

Benoit - Du retrait successoral, Paris 1847.

Desjardin - Du retrait successoral, revue Pratique, t. XXX, 1870. p. 497.

Guyot - La renaissance des retraits, Revue Critique. 1924, p. 104.

Héan - Revue Pratique, t. XVIII, 1864.

Labbé - Etude sur les retraits, Revue Critique, 1855.

الأهلية ، وهما المادتان ٥٦٢ و ٥٦٣ ، وهذا نصهما :

المـادة ٥٦٢ :

« لـكل واحد من الشركاء الحق فى الشفعة بقدر حصته الشائعة ، وله الحق فى الشفعة بالنسبة للـكل فى حالة عدم الرغبة من الباقين » .

« Chacun des communistes a droit à la préemption, dans la proportion de sa part indivise; il a droit à la préemption pour le tout en cas d'abstention des autres ».

المـادة ٥٦٣ :

« تجوز الدعوى بالشفعـة حتى على الشريك فى الملك الذى يـكون له مع ذلك حق الحبس بالنسبة لحصته فى الملك المشترك » .

« La préemption peut s'exercer même contre le copropriétaire qui toutefois a un droit de retention pour sa part dans la propriété commune ».

ولم يلغ قانون الشفعة المـادتين ٥٦٢ و ٥٦٣ مختلط ، ولم ينقلهما القـانون الأهلى ، والظاهر أنه لم ير لهما فائدة[١] ، لتـكلمه فى الشفعة فى موضع آخر ، فضلا عن أن عبارة المادة ٥٦٣ غير صحيحة ، اذ أنها تقرر أنه اذا اختار المالك على الشيوع طريق الشفعة ، فان للمالك الحق فى أن يدفع ضده بحق الحبس بالنسبة لحصته فى الشيوع . وعبارة « حق الحبس » المذكورة فى هذه المادة ليست صحيحة ، فان النص يشير الى الحالة التى يبيع فيها أحد الشركاء فى الملك حصته لشريك آخر ، وهى الحالة التى لا يجوز فيها استعمال حق الاسترداد ، وبما أن حق الشفعة لا يكون الا فى الشىء المبيع ، فلا يفهم السبب الذى لأجله يرجع الى حق الحبس للاحتفاظ بالشىء الذى لم يـكن داخلا فى البيع ، وبالتـالى فى دعوى الشفعة[٢] .

٤٥٣ — **حقوق استرداد أخرى** — جاء القانون المصرى بحق استرداد

(١) دى هلتس ، كلمة «retrait» ، نبذة ٥ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٧

آخرين يشبهان حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، أو حق الاسترداد في الشيوع retrait d'indivision . وهذان الحقان هما :

(ا) حق الاسترداد في بيع الوفاء pacte à réméré (المادة ٤٢١/٣٣٨ وما بعدها) ، و بمقتضاها يكون للبائع حق استرداد الشيء المبيع في مدة معينة ، ومصدره الاتفاق ، فهو حق استرداد اتفاقي retrait conventionnel .

(ب) استرداد الحق المتنازع فيه Retrait litigieux (المادة ٤٤٢/٣٥٤) ، و بمقتضاه اذا باع الدائن الحق المتنازع فيه فانه يجوز للمدين استرداده بدفعه للمشتري الثمن الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة .

وجاء القانون الفرنسي بحق استرداد البائع وفاء ، وبحق الاسترداد الوراثي retrait successoral (المادة ٨٤١) ، واسترداد الحق المتنازع فيه retrait litigieux (المادة ١٦٩٩ — ١٧٠١) ، كما جاء بحق استرداد في الشيوع retrait d'indivision (المادة ١٤٠٨ فقرة ٢) خوله الزوجة لاسترداد الحصة التي يشتريها زوجها في عقار لها حصة شائعة فيه .

وكان يوجد في القانون الفرنسي القديم عدد كبير من حقوق الاسترداد ، بلغت خمسة وعشرين نوعا ، ولكن القانون الفرنسي لم ينقلها ، ولم يأت منها الا بحقوق الاسترداد المتقدم ذكرها .

٤٥٤ — وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، كحق الاسترداد الوراثي في فرنسا ، عبارة عن نزع ملكية حقيقي للمنفعة الخاصة .

وقد انتقد الشراح في فرنسا ابقاء نظام حق الاسترداد الوراثي ، وودوا لو أن الشارع ترك هذا الحق ، ولم يأت به كما فعل بالنسبة لحقوق الاسترداد العديدة التي تركها .

وقد نبذ الشارع الايطالي هذا الحق ولم يأت به .

وستتكلم في حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة ، مع مقارنته بحق الاسترداد الوراثي عند الضرورة ، ولا نتكلم في حقوق الاسترداد الأخرى ، لأنهـا لا تدخل في حيز بحثنا .

٤٥٥ — **مأخذ المادة ٥٦١/٤٦٢** — اختلفت الآراء فى مأخذ المادة ٥٦١/٤٦٢ التى جاءت بحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة .

فمعظم أحكام المحاكم على أنها مأخوذة من المادة ٨٤١ فرنسى . وبعضها يقرر أن الشارع المصرى أتى بها من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد . وبعضها يقول انه توسع فيها فلم يقصرها على التركات ، بل جعلها تشمل الشركات أيضا . وبعضها يقرر أن الشارع لم يقصرها على البيوع التى تقع فى حصص شائعة فى مجموع حقوق والتزامات التركة أو الشركة ، بل انها تنطبق أيضا على بيع حصة شائعة فى عقار معين فى تركة أو شركة . وبعضها يقول غير ذلك كما سيجىء .

ويرى بعض الشراح أن المادة ٥٦١/٤٦٢ مأخوذة من المادة ١٤٠٨ الخاصة بحق استرداد الشيوع الذى يخول الزوجة حق استرداد الحصة الشائعة التى يشتريها زوجها فى عقار لها حصة شائعة فيه [١] .

ومن رأى بعضهم أن حق استرداد الحصة المبيعة ، كما ورد فى المادة ٤٦٢ ، كان حقا معروفا فى القانون الفرنسى القديم ، وهو غير حق الاسترداد الوراثى المنصوص عليه فى المادة ٨٤١ فرنسى ، فاذا أريد تلمس غرض الشارع المصرى وغايته من المادة ٤٦٢ لا يرجع الى المادة ٨٤١ فرنسى ، بل يجب الاهتداء بشروط استعمال الحق الذى كان معروفا فى القانون الفرنسى القديم ، وهى شروط سمحة لا تقيد فيها على الاطلاق [٢] .

---

(١) مقال نجيب شقرا بك المحامى بمجلة الاستقلال ٥ ص ١٥٨ .

(٢) الأستاذ زكى عربى المحامى ، المحاماة ٢ ص ٢٠١ — ٢٠٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١٧٩٥ . وقد استدل على رأيه بالرجوع الى بوتييه Pothier ، اذ ورد فى باب حقوق الاسترداد Les Retraits :

Il y a quelques autres espèces de retraits, tels que celui que quelques coutumes accordent aux propriétaires par indivis d'une chose lorsque l'un d'entre eux vend sa part indivise à un étranger.

(بوتييه جزء ٣ ص ٢٥٩ طبعة باريس ١٨٦١) .

وجاء فى ديمولومب عند الكلام فى حق الاسترداد الوراثى :

Quelques-uns, il est vrai, ont pensé que le retrait successoral pourrait bien avoir été occasionné par l'ancien retrait de bienséance et de communion. On ap-

ومن رأى بعضهم أن المـادة ٥٦١/٤٦٢ ليست منقولة عن القـانون الفرنسى [١] .

من لهم حق الاسترداد

٤٥٦ — الشركاء فى الملك — أعطى القانون حق الاسترداد للشركاء فى الملك الذى تباع حصة فيه ، وقال فى النسخة العربية للمادة ٤٦٢ من المجموعة الأهليـة « يجوز للشركاء فى الملك » ، ولـكن النص الفرنسى للمادة فى المجموعتين الأهليـة والمختلطة ذكر فيه « للشركاء الأصليين فى الملك copropriétaires originaires » ، وبما أن المادة ٤٦٢ نقلت برمتها ، من القانون المختلط ، فى القانون الأهلى الصادر بعد القانون المختلط ، فالظاهر أن كلمة « الأصليين » لم تهمل عن عمد فى النص العربى للمادة المذكورة ، وبناء على ذلك لا يكون هذا الحق الا للشركاء الأصليين .

وهذا الشرط ، فضلا عن صراحته فى النص، فانه متفق مع حكمة التشريع التى تنحصر فى أن الشارع أراد المحافظة على كيان الشركة بين أشخاص أعضائها الأصليين الذين ألفوها أو الذين كانوا موجودين وقت انشائها ، سواء أكان منشؤها الارث أم التعاقد ، فخولهم حق اخراج من يتدخل فيها من الأجانب وحلولهم محله ، لما يترتب عادة على تدخل الأجنبى من الارتباك الضار بأمور الشركة ، سواء أثناء قيامها أم عند تصفيتها [٢] .

وقـد سارت المحاكم المختلطة على أن هـذا الحق لا يمنح الا للشركاء الأصليين [٣] .

---

pelait autrefois de ce nom le droit qui était accordé par quelques coutumes à tous les copopriétaires d'immeuble de racheter la part indivise que l'un d'eux avait vendue à un étranger, cette espèce de retrait aussi existe en droit romain, jusqu'au règne de Théodore le Grand.

(١) راجع ما جاء فى مقال أحمد لطفى بك المحامى فى مجلة المحاماة ١ ص ٧٥ وما بعدها .

(٢) أسيوط الكلية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامه ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ٧ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١٢٤) ، ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ —

وكذلك قضت المحاكم الأهليـة بأن غرض الشارع انما هو الوارد بالنص الفرنسي ، أى أن حق الاسترداد لا يمنح الا للشركاء الأصليين [١] .

٤٥٧ — **الشركاء الأصليون** — الشركاء الأصليون هم الشركاء الذين ابتدأت بهم حالة الشيوع ، أى الذين نشأ الشيوع بينهم من مبدئه بأية طريقة كانت ، سواء أتى الشيوع بالارث ، أم بالشراء ، أم بالوصية ، أم بالهبة ، أم بغير ذلك [٢] ، فيعتبر شركاء أصليين الورثة الذين بدأ بهم الشيوع ، والشركاء فى عقد تأسيس الشركة ، والمشترون على الشيوع ، أو من امتلكوا العقار بالعقد [٣] .

وقد حكم بأن وارث الشريك الأصلى لا يعتبر شريكا أصليا ، لأنه بحسب أحكام الشريعة الاسلامية لا يتمم شخصية مورثه [٤] .

= ص ٣٢٧) ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) ، ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٦) .

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ .
طنطا الابتدائية ٢١ اكتوبر ١٩١٧ المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٧٣٦ .

(٢) راجع طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المجموعة ٢٩ رقم ٩ ص ٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ يونيه ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩) ، ٢٠ يونيه ١٩٢٢ (٣٤ ص ٤٨٧) .

(٤) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) — أسيوط الابتدائية ٢٩ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى جندى عبد الملك) المجموعة ٢٣ رقم ٧ ص ١٠ : ان القول بأن الوارث يكمل شخص المورث ولا يعتبر شخصا جديدا بالنسبة له قول غير صحيح ، لأن الأمر على عكس ذلك فى الشريعة الاسلامية التى تعتبر الوارث شخصا آخر غير شخص المورث ، فلا تلزمه مثلا بديونه الا بقدر ما يرثه عنه .

ومن رأى الأستاذ ذهنى بك (« فى الأموال» نبذة ٥٠٢) أن الورثة ملاك على الشيوع ، سواء كانوا هم الأصل فى الشيوع بسبب الارث من مورثهم ، أو كانوا ورثة لأحد المالكين على الشيوع ، فحلوا محله فى الشيوع ، لأنه عقب وفاة المالك على الشيوع لا يجوز لبقية الملاك أن يستردوا حصة المتوفى التى تؤول لورثته ، لأن انتقال الملكية بالارث لا يعتبر بيعا يجوز فيه الاسترداد .

قارن دى هلتس نبذة ٩ ص ١٣٧ .

وفى القانون الفرنسى يجوز للورثة استعمال الحق الذى كان لمورثهم .

ولا يعتبر المحتال cessionaires الذى تحول اليه الحق من الشريك الأصلى شريكا أصليا ، فليس له اذن أن ينتفع بحق الاسترداد [١] .

وكذلك من اشترى الحصة من الشريك الأصلى ، لا يعتبر شريكا أصليا ، لأن حق الاسترداد يمكن استعماله ضده هو لغاية القسمة [٢] .

وفى قضية باع أب لولديه عقارا لكل نصفه على المشاع ، ثم باع أحدهما حصته لآخر ، ثم استصدر الأب من ولده الثانى عقدا بالنصف الذى كان قد باعه له ، فأصبح شريكا للولد الآخر ، وارتكانا على هذه الشركة الجديدة طلب استرداد ما باعه ابنه الأول . فقررت محكمة جرجا الجزئية [٣] أنه يؤخذ من ذلك صراحة أن الأب لم يكن شريكا للبائع وقت انشاء الشركة ووقت البيع ، بل كان الشريك هو ابنه الثانى ، وهو وحده صاحب الحق فى طلب الاسترداد ، أما الأب فهو دخيل على الشركة ، وكان يجوز للابن الثانى أن يسترد منه ما اشتراه من أخيه .

ويؤخذ من نص المادة ٥٦١/٤٦٢ أن حق الاسترداد لا يكون الا فى حالة البيع الحاصل من شريك أصلى كما سيجىء [٤] .

٤٥٨ — رأى بجواز استرداد الشركاء غير الأصليين — من رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد يجوز لأى شريك ، سواء أكان أصليا أم تلقى الحق

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤ .

(٢) استئناف أهلى ٢١ يناير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦
استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) ، ٢٦ يونيه ١٩١٢ (٢٤ ص ٤١٩) ، ٣ يناير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١١٦) .

(٣) جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضى سلامه ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٦٦ مجموعة ناصر ٣٢٤٨ .

(٤) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩٠٤ (٢٧ ص ١٠٠) . وقد قرر هذا الحكم أنه اذا أقر أحد الشركاء الأصليين وقبل البيع الحاصل من أحد الشركاء الى أجنبى فلا يكون له حق الاسترداد اذا باع هذا الأخير حصته فى العقار ، وفقط يكون له الحق فى رفع دعوى الشفعة .

عن شريك أصلى . وقد قررت محكمة طنطا [١] أن الشارع قصد من تقرير حق الاسترداد تمكين الشركاء فى الملك من أن يخرجوا من بينهم شخصا طارئا عليهم قد يتضررون منه ، وقد تصعب معه عملية القسمة ، فقرر هذا الحق للشركاء الأصليين ، ولم يرد بالشركاء الأصليين من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر دون سواهم ، بل من وجد بينهم الشيوع قبل بيع الحصة المطلوب استردادها ، لأنه يحق لهم جميعا أن يتضرروا من شخص طارىء عليهم ، وأخرج بذلك الشركاء الطارئين بعد بيع الحصة الذين ليس لهم أن يتضرروا من حالة سابقة على نشوء حقهم ، وزادت المحكمة أن هذا التفسير يؤيده سياق النص ، فان المادة أجازت للشركاء الأصليين استرداد الحصة التى باعها أحدهم للغير ، فأخرجت بذلك الحصة التى باعها شريك طارىء قبله الشركاء الأصليون ، فاذا اعتبر أن الشركاء الأصليين هم من نشأ بينهم الشيوع من بادىء الأمر ما جاز لهؤلاء الشركاء استرداذ الحصة التى باعها شريك طارىء كانوا قبلوه ، مع أنه لا موجب للتفرقة بين البيع الذى يصدر عن شريك من بدء الشيوع والبيع الذى يصدر عن شريك متأخر عنه ، اذ كلاهما قد يضر بمن هم شركاء فى الملك وقت البيع [٢] .

٤٥٩ — وليس لدائنى الشركاء استعمال الحق بطريق الدعوى غير المباشرة action oblique ، المنصوص عليها فى المادة ١٤١ / ٢٠٢ / ١١٦٦ ، لأن حق الاسترداد متصل بالشخص [٣] .

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥١ .

(٢) راجع دى هلتس نبذة ٩ ص ١٣٧ .

راجع أيضا استئناف مختلط ٢٧ مارس ١٩٠٢ (١٤ ص ٢٠٤) : المقصود من الشركاء الأصليين ليس الذين بدأ بهم الشيوع فحسب ، بل أيضا كل من دخلوا فى حالة الشيوع قبل المالك الجديد الذى يخول القانون اخراجه .

ومن هذا الرأى أيضا ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥٢ .

(٣) بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٥٦ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٣٢ .

عكس ذلك : بودرى لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٣١ .

ضد من يستعمل حق الاسترداد ؟

٤٦٠ — نص القانون على أن حق الاسترداد لا يرفع الا على من اشترى الحصة الشائعة متى كان أجنبيا عن الشركاء un tiers ، وبناء على ذلك اذا كان المشترى هو أحد الشركاء الأصليين فلا محل لحق الاسترداد ، لانعدام العلة التى وضع هذا الحق من أجلها ، اذ أن حق الاسترداد وضع لامكان اخراج الأشخاص الذين لم يشتركوا فى الشيوع عند بدئه — من القسمة ، لأن عملية القسمة عملية دقيقة دائما ويخشى أن يؤدى وجود دخيل فيها الى ارتباكات يصعب التغلب عليها [١] .

٤٦١ — واذا رضى الشركاء فى الملك بدخول أجنبى بينهم باع اليه أحد الشركاء حصته لا يمنعهم ذلك من استعمال حق الاسترداد بالنسبة لغيره [٢] .

٤٦٢ — وليس من اللازم أن يقيم الشريك المسترد الدليل على وجود ضرر من بقاء المشترى الأجنبى بين الشركاء [٣] .

التصرفات التى يترتب عليها استعمال حق الاسترداد

٤٦٣ — **بيع حصة شائعة** — لا يجوز استعمال هذا الحق الا فى حالة بيع حصة شائعة من أحد الشركاء فى الملك لأجنبى ، كما هو صريح نص المادة . فاذا كان البيع واقعا على حصة معينة فى الأموال المشاعة فلا محل لحق

---

(١) مصر الابتدائية الأهلية أول فبراير ١٩٢٣ (دائرة اسكندر عازر بك ومستر بارن وأحمد نظيف بك) المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٠ مجموعة ناصر ٦٤٦٥ .

(٢) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٤ .

(٣) راجع ما تقدم خاصا باثبات الضرر فى الشفعة (نبذة ٨) .

الاسترداد[١] ، وذلك لأن المشترى فى هذه الحالة لا يصير مالكا الا متى حصلت القسمة ، وظهر منها أن ما بيع وقع فى حصة البائع له ، وبما أن حق الاسترداد يسقط بحصول القسمة ، فمتى عملت لا يمكن استعماله ، فضلا عن أن مثل هـذا البيع لا يعطى المشترى حق التدخل فى أحوال الشيوع والاطلاع على أسراره[٢] .

٤٦٤ — **كل أموال الشيوع** — حق استرداد الحصة الشائعة التى يبيعها الشريك للغير ليس مقصورا على الملك الموروث ، بل يتناول كل شيوع مهما كان أصله ، سواء أكان الارث أم الشركة أم الشراء أم الهبة أم الوصية أم غير ذلك[٣] .

وهل يكون فى الشيوع فى غير الملكية التامة ؟ قد يكون الشيوع فى الرقبة وقد يكون فى حق الانتفاع ، فهل يخول مثل هذا الشيوع حق الاسترداد ؟ الذى نراه هو أن الشيوع فى ملك الرقبة يعطى الشريك حق الاسترداد[٤] ، أما الشيوع فى حق الانتفاع فلا يعطى يترتب عليه منح الشريك هذا الحق ، لأن صاحب حق الانتفاع لا يعتبر شريكا فى الملك ، والنص الخاص بالاسترداد استثنائى فلا يجوز التوسع فيه .

٤٦٥ — **بيع بعض حصة الشريك** — يجوز الاسترداد سواء أكان المبيع هو كل حصة الشريك أم كان جزءا منها .

---

(١) كفر الشيخ الجزئية (القاضى رياض رزق الله) ١١ ينـاير ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٩٩ ص ٨١١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٩٧٨ .

جرجا الجزئية ١٧ مايو ١٩٢٠ (القاضى سلامة ميخائيل بك) المجموعة ٢٢ رقم ١٠٤ ص ١٦٦ مجموعة ناصر ٣٢٤٨ .

(٢) استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهبه بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مجموعة ناصر ٦٤٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ نوفمبر ١٩٢٤ برياسة بافيرا (٣٧ ص ١٦) المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١١ ، ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) .

(٤) عكس ذلك : ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥١ .

٤٦٦ — فى مجموع حقوق والتزامات أو فى عقار معين — قد اختلف فيما اذا كان حق الاسترداد يجوز استعماله فقط فى حالة البيع الذى يقع على حصة شائعة فى مجموع الحقوق والالتزامات فى الملك المشترك أو أنه يجوز استعماله أيضا فى حالة بيع حصة شائعة فى عقار معين .

فقرر بعضهم أنه لا يجوز الا فى حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى مجموع الحقوق والالتزامات فى تركة أو جزء من حصة فيها شائعة ، ولا يجوز فى حالة بيع حصة شائعة فى شركة [1] ، أى أنهم يقصرون حالات حق الاسترداد المقرر بمقتضى المادة ٥٦١/٤٦٢ على الحالات التى يجوز فيها حق الاسترداد الوراثى فى فرنسا (مدنى فرنسى ٨٤١) .

وقرر بعضهم أن حق الاسترداد يجوز استعماله فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع الحقوق فى تركة أو شركة ، لأن القانون المصرى استمد أحكام المادة ٥٦١/٤٦٢ من المادة ٨٤١ فرنسى ، ولكنه توسع فيها وجعلها تشمل أيضا الشركات [2] .

وقرر بعض آخر أن حق الاسترداد يجوز فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع شركة أو تركة أو فى عقار معين [3] ، لأن نص المادة ٥٦١/٤٦٢ عام .

وسنفصل كل ذلك عند مقارنة حق الاسترداد بحق الشفعة ، ونبين الآراء المختلفة فى هذا الموضوع .

٤٦٧ — البيع من أحد الشركاء الأصليين — يؤخذ من نص المادة ٥٦١/٤٦٢ أن حق الاسترداد لا يكون الا فى حالة البيع الحاصل من أحد الشركاء الأصليين ، لأن المادة تقول « يجوز للشركاء (الأصليين) فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير » ، فالضمير فى أحدهم عائد على الشركاء (الأصليين) . فاذا كان البيع صادرا عمن تلقى الحق عن

---

(١) راجع استئناف مختلط ١١ يناير ١٩٢١ (٣٣ ص ١٢٧) — ونبذة ٥٠٠ .

(٢) راجع نبذة ٥٠٢ .

(٣) راجع استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) — ونبذة ٥٠٤ .

الشريك فلا يجوز الاسترداد[١] . وتجوز الشفعة اذا توافرت شروطها .

٤٦٨ — **هل يجوز الاسترداد فى حالة البيع بالمزاد ؟** — لا يجوز — كما هو الحال بالنسبة للشفعة — استعمال حق الاسترداد فيما بيع بالمزاد . وقد قضت بذلك دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجتمعة [٢] .

٤٦٩ — **البيع الفاسد** — يجوز استعمال حق الاسترداد ، ولو كان البيع فاسدا ، بسبب نقص الأهلية مثلا ، لأنه تترتب عليه الآثار القانونية حتى يفسخ[٣] . فاذا ألغى البيع بحكم أصبح نهائيا قبل الاسترداد فان الاسترداد لا يمكن استعماله ، بل انه يسقط اذا ألغى البيع ، ولو بعد القسمة ، بسبب الأثر الرجعى .

٤٧٠ — **البيع المعلق على شرط عدم الاسترداد** — اذا علق البيع على شرط عدم استعمال حق الاسترداد ، فهل يمنع ذلك من استعماله ؟ من رأينا ، كما فى الشفعة ، أن الاسترداد جائز ، والشرط باطل . وقد اختلف فى ذلك فى فرنسا بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى ، فرأى بعض الشراح أن مثل هذا الشرط

---

(١) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٢) استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ٨ ديسمبر ١٩٢٠ (٣٣ ص ٥٥) .
استئناف مختلط ٢٦ يونيه ١٩١١ (٢٣ ص ١٣٨) ، ١٠ مارس ١٩٢٥ (٣٧ ص ٢٧١) .
المادة ٣ من قانون الشفعة .
راجع ما تقدم نبذة ٢١٠ وما بعدها فيما يختص بالشفعة .
والموضوع مختلف فيه فى فرنسا بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى ، فمن رأى بعضهم أنه لا يجوز فى حالة البيع بالمزاد (ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٠) — ديمانت ٣ نبذة ١٧١ مكررة — باريس ١٤ يونيه ١٨٣٤ سيرى ٣٦ — ٢ — ١١٣ . ويقول معظم الشراح والمحاكم ان حق الاسترداد جائز ، ولا يعترض بأنه كان للورثة أن يتقدموا للشراء بالمزاد ، لأنه ليس هناك ما يلزمهم بذلك ، وقد لا يكون لديهم النقود اللازمة للمزايدة (بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ٢٥٩٤ و ٢٦١٣ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٠ — ليون ١٩ يوليه ١٨٤٣ تحت حكم النقض ٢٥ يوليه ١٨٤٤ سيرى ٤٤ — ١ — ٦٠٥ — باريس ١١ مارس ١٨٥٩ . Gaz. des Trib. ١٤ و ١٥ مارس ١٨٥٩) .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ١٧٤ بخصوص الشفعة .
وراجع أيضا ما تقدم بخصوص البيع المعلق على شرط (نبذة ١٨٧ وما بعدها) .

غير مشروع ، لأنه يترتب عليه حرمان الشريك من حق منحه القانون اياه ، فهو باطل ، ويجوز الاسترداد . ورأى بعضهم أن الشرط صحيح ، لعدم مخالفته النظام العام ، ولعدم وجود نص قانونى يمنع من اشتراطه [1] .

٤٧١ — **عقود المعاوضة غير البيع** — لا يجوز الاسترداد الا فى حالة البيع ، كما هو ظاهر من نص المادة ٤٦٢/٥٦١ . فلا يجوز فى حالة المقايضة أوغيرها من عقود المعاوضة ، كما هو الحال فى الشفعة .

٤٧٢ — **لا يجوز الاسترداد فى حالة التبرعات** — عقود التبرعات ، كالهبة ، لا يصح الاسترداد فيها ، لقصره على حالة البيع كما تقدم ، ولأن حق الاسترداد جاء على خلاف القواعد العامة ، فلا يصح قانونا التوسع فيه ، وان كانت الأسباب التى من أجلها وضع حق الاسترداد موجودة فى حالة الهبة .

واذا كانت الهبة لم تعمل الا لاخفاء البيع ، فانه يكون للشريك حق الاسترداد بعد اظهار حقيقة التصرف .

والهبة المستترة لا تخضع لحق الاسترداد ، لأنها ليست بيعا .

٤٧٣ — **عدم قابلية الاسترداد للتجزئة** — اذا كان الشريك الذى يطالب بالاسترداد واحدا كان له الحق فى طلب كل الحصة التى بيعت للأجنبى . وليس له أن يطلب بعضها ، ويترك الباقى ، لأن العلة فى تخويل الشريك حق الاسترداد هو استبعاد الأجنبى ، فلو ترك له بعض الحصة التى اشتراها ما تحقق الغرض الذى قصد من الاسترداد .

واذا تعدد الشركاء المستردون ، وطلب أحدهم الحصة المبيعة ، ولم يطلب الباقون ، فللذى طلب الحق فى كل الحصة المبيعة .

واذا طلبوا الاسترداد جميعا اقتسموا الحصة المبيعة بنسبة انصبائهم فى الشيوع [2] .

---

(١) راجع بودرى لاكنتنرى وفاهل نبذة ١٤ ٢٦ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٤ . وراجع ما تقدم فى الشفعة (نبذة ١٩١) .

(٢) راجع ما تقدم بخصوص تزاحم الشفعاء (نبذة ١٣٢) .

٤٧٤ — ولا يكفى أن يكون الطلب مقدما من أحـد الشركاء لحرمان باقيهم من حق الاسترداد ، ولا يحرمون الا اذا أصبح لأحدهم حق مكتسب خاص به . فاذا طالب أحد الشركاء بالاسترداد ، وتدخل باقى الشركاء أو بعضهم ، قبل تسليم المشترى بالاسـترداد أو قبل حكم المحكمة ، فانه يكون لهم الاسـتفادة من الاسترداد بقدر انصبائهم فى الأعيان المشتركة [١] .

٤٧٥ — واذا كان البيع الحاصل للأجنبى يشمل حصص جملة شركاء فان حق الاسترداد يكون بالنسبة لـكل الحصص المبيعة ، والا ضاع الغرض الذى وضع من أجله حق الاسترداد اذا ترك بعض المبيع [٢] .

ميعاد حق الاسترداد

٤٧٦ — لم تنص المـادة ٥٦١/٤٦٢ على ميعاد محدود يجب فيـه على الشريك فى الملك المشاع أن يتمسك بحقه ، بل قررت المادة أن حق الاسترداد يجوز استعماله قبل قسمة الأموال المشتركة . فيجوز للشريك أن يتمسك بهـذا الحق حتى حصول القسمة [٣] ، ومتى تمت القسمة واختص كل من الشركاء بنصيبه مفرزا — سواء أبطريق الاقتراع أم بطريق التخصيص — ينتهى حق

= ويرى بعض الشراح فى فرنسا ، فيما يختص بحق الاسترداد الوراثى ، أن القسمة تـكون بعدد رؤوسهم ، لا بقدر أنصبائهم : بودرى وفاهل نبذة ٢٦١٦ — لوران نبذة ٣٧٢ — عكس ذلك : ديمولومب ١٦ نبذة ٦٩ و ٧٠ — تولوز ١١ فبراير ١٨٨٨ سيرى ٩٠ — ٢ — ٢٢٢ .

(١) بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٥٧ .

(٢) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦١٩ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٩ — تولوز ٢٢ فبراير ١٨٤٠ سيرى ١٨٤٠ — ٢ — ٣١٨ .

(٣) استئناف أهلى ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حقى بك) المحـاماة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٨ ، ٢ رقم ٦ ص ١٠ ، ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان ومستر كلابكوت) المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحاماة ١ رقم ٦١ ص٣٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٣ .

استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٩١١ (٢٣ ص ٢٣٧) .

الاسترداد [١] .

واذا كانت القسمة لم تتم فعلا صح الاسترداد فى أثناء اجراءاتها ، حتى اذا كان طالب القسمة هو المشترى [٢] .

وليس من الواجب على الشريك ابداء رغبته فى الاسترداد فى ميعاد خمسة عشر يوما من وقت العلم ، كما هو الحال فى الشفعة [٣] .

ويترتب على حصول القسمة استحالة استعمال حق الاسترداد . ولا يشترط حيازة المتقاسمين لما يختصون به .

واذا كانت القسمة قضائيــة وجب صدور حــكم التصديق jugement d'homologation .

واذا أبطلت القسمة أو فسخت ، أصبح الاسترداد ممكنا ، سواء أ كان البيع الذى ترتب عليه الاسترداد حاصلا بعد طلب الفسخ أم قبله [٤] .

والقسمة التى يسقط بها حق الاسترداد هى القسمة النهائيــة . فلا تسقطه قسمة المهايأة .

واذا سمح الشركاء للمشترى بالدخول فى العمليات الأولى للقسمة فانه لا يترتب على ذلك سـقوط حق الاسترداد ، فقد يجد الشركاء فيما بعد أسـبابا تلجئهم لاستعماله ، ولـكن يجب لذلك ألا تـكون القسمة قد انتهت [٥] .

---

(١) دالوز العملى نبذة ١٣٤٣ .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٧ مايو ١٨٩٣ (٥ ص ٢٤٩) : ليس للشركاء الأصليين حق الاسترداد اذا قضى بالقسمة بحكم حاز قوة الشىء المحكوم فيه ، ولم يبق الا اتبـاع اجراآت القسمة .

وراجع استئناف مختلط ٣ فبراير ١٩٢٠ (٣٢ ص ١٤٩) .

(٣) استئناف مختلط ٦ ابريل ١٨٩٩ (١١ ص ١٤) ، ١٤ نوفمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٦) ، ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٠) .

(٤) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٥٧ و ٣٥٤٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ٨٩ — دالوز العملى ١٣٤٦ .

(٥) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٥٨ .

٤٧٧ — **هل يجوز التنازل عن حق الاسترداد ؟** — للشريك فى الملك أن يتنازل عن حقه فى استعمال حق الاسترداد ، لأن الاسترداد وضع لمصلحته ، وخصوصا أن فى استطاعته التنازل عنه ضمنا بعدم استعمال الاسترداد .

وقد صدرت جملة أحكام بجواز التنازل عنه صراحة أو دلالة . فقد قررت محكمة طنطا الابتدائية [١] أنه لا يكون قبول الشريك نهائيا ومانعا من استعمال حق استرداد حتى تصبح القسمة نهائية ، ويجوز الرجوع فيه حتى تفرز الأنصباء .

وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن حق الاسترداد يسقط اذا صدر من الشريك ما يدل على اعترافه بالمشترى شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل لأجنبى [٢] .

وكذلك قررت محكمة الاستئناف الأهلية [٣] .

وحكم بأنه لا يؤخذ من تأخير طلب القسمة تنازل الشريك عن حق استرداده [٤] .

اجراءات استعمال حق الاسترداد

٤٧٨ — اذا كان الاسترداد حاصلا فى أثناء اجراءات القسمة يكون طلبه بصفة فرعية بمجرد التقرير بالرغبة فيه . ولكن اذا كان الاسترداد حاصلا قبل

(١) طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ مجموعة ناصر ٣٢٥٢ .

(٢) ٥ مارس ١٨٩٦ (٨ ص ١٤٨) ، ٢٢ مارس ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٢ ص ١٧٥ ، ١٦ يونيه ١٨٩٥ (٧ ص ٣٤٥) . واذا باع المشترى حصته فى العقار فليس للشريك رفع دعوى الاسترداد ، وانما له أن يرفع دعوى الشفعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ (٢٧ ص ١٠٠) .

(٣) ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٢ ص ٢٩١ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ ديسمبر ١٩٠١ (١٤ ص ٥٢) .

طلب القسمة فانه يرفع بدعوى أصلية كسائر الدعاوى .

ولم يأت القانون باجراءات خاصة لحق الاسترداد كما فعل بالنسبة لحق الشفعة ، فتطبق القواعد العامة . والأحكام الواردة فى الشفعة المخالفة للقانون العام ، مثل الأحكام الخاصة بميعاد الاستئناف ، لا تطبق فى حق الاسترداد[١] .

وترفع الدعوى على المشترى الأخير . وله أن يدخل فى الدعوى من تلقى منه الحق ، بسبب الضمان الذى قد يكون له حق الرجوع به عليه[٢] . وقد حكم بأنه يجب ادخال البائع فى الدعوى الخاصة بحق الاسترداد ، سواء أكان ذلك أمام أول درجة أم فى الاستئناف[٣] .

ويجوز رفع الدعوى حتى تحصل القسمة كما تقدم . ولا تسقط الدعوى قبل ذلك بالتقادم .

وليس للمشترى أن ينذر الشركاء الذين لهم حق الاسترداد بوجوب المطالبة بالاسترداد فى مدة معينة والا سقط حقهم . واذا أنذر المشترى الشريك فللشريك ألا يجيب ، لأن القانون أعطاه ميعادا يستمر فى السريان حتى وقت القسمة ، فليس للمشترى أن ينقص هذا الميعاد[٤] .

ولا يلزم عرض الثمن عرضا حقيقيا ، ويكفى أن يظهر المسترد استعداده لدفعه[٥] .

ما يجب دفعه فى حالة الاسترداد

٤٧٩ — حق الاسترداد هو نوع من نزع الملكية للمنفعة الخاصة ،

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(٢) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٣٣ — Labbé فى المجلة الانتقادية ١٨٥٥ نبذة ١٥٣ — قارن ديمولومب ١٦ نبذة ١١١ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٢٨ (٤٠ ص ١٨٣) .

(٤) دى هلتس نبذة ١٢ .

(٥) دالوز العملى نبذة ١٣٣٦ — بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٦٧ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٥٨ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٤ و ١٢١ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٩ .

فيجب تعويض من تنزع ملكيته من كل ما أنفقه .

ويجب على طالب الاسترداد أن يقوم بدفع ما نصت عليه المادة ٤٦٢ / ٥٦١ ، أى الثمن والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة .

٤٨٠ — **الثمن** — الثمن الواجب القيام بدفعه هو الثمن الحقيقى ، لا الثمن المذكور فى عقد البيع بصفة صورية ، فقد يذكر فى عقد البيع ثمن مبالغ فيه بقصد منع حق الاسترداد ، فاذا ثبت وجود هـذا الغش فان المسترد لا يكون ملزما الا بدفع الثمن الحقيقى . ويمكن اثبات ذلك بجميع الطرق القانونية ، بما فيها البينة .

ويجوز توجيه اليمين الى المشترى ، ولـكن لا يجوز توجيهها الى البائع ، لأنه ليس طرفا فى الدعوى[١] .

٤٨١ — واذا كان الثمن محدودا بشكل مرتب مدى الحياة rente viagère فان كان البـائع قد مات وقت استعمال الاسترداد فان المرتب ينقضى ، ولا يدفع المسترد الا مجموع المرتبات arrérages التى دفعها المشترى بالفـعل[٢] . أما اذا كان لا يزال حيـا فانه يجب عليـه أن يرد المبالغ التى دفعت وأن يلتزم بدفع المرتبات اللاحقة بحيث لا يكون المشترى مهددا بأى رجوع لاحق[٣] . وليس له أن يطلب دفع رأس المال capital ، كما أنه لا يمـكن الزامه بذلك[٤] .

٤٨٢ — **المصاريف الرسمية** — المصاريف الرسمية les loyaux coûts هى مصاريف العقد ومصاريف التسجيل وقيمة السمسرة ، وبالاختصار كل ما قام المشترى بدفعه مما هو واجب عليه . وليس لطالب الاسترداد أن يعترض على القيمة التى دفعت ، أو على ضرورة دفعها ، ما دامت لم تدفع أو لم يبالغ فيما دفع

---

(١) بودرى لاكنترى وفاهل ٢٦٣٩ .

(٢) Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ سيرى ٧٩ — ٢ — ٣٣٢ .

(٣) بلانيول وربيير ومورى ٥٦٠ .

(٤) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٤٣ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٢ و ١١٣ .

منها اضرارا بحقوقه .

واذا كان ثمن المبيع قد بولغ فيه بطريق الغش ، فان المسترد لا يلزم بالمصاريف الا بنسبة الثمن الحقيقى [1] .

٤٨٣ — **المصاريف الضرورية أو النافعة** — المصاريف الضرورية أو النافعة ، مثل مصاريف الرى ، يصعب تصورها ، والظاهر أنها ذكرت فى نص المادة بغير تدبر ، لأنه ما دام الشراء قد وقع على حصة مشاعة فكيف يتصور أن المشترى يدفع مصاريف وهو فى حالة الشيوع التى تدفع فيها المصاريف من جميع الشركاء فى صالح كل المال المشترك . واذا دفع أحدهم مصاريف على الشىء المشترك بغير أن يؤذن بالدفع من باقى شركائه كان عمله عمل فضولى gérant d'affaires ، وله بصفته هذه أن يرجع على باقى الشركاء بنسبة حصتهم فى كل المصاريف اذا كانت ضرورية ، وفيما زاد فى قيمة العين اذا كانت من المصاريف النافعة . فلماذا يرجع على المسترد بكل المصاريف وهو لم يستفد منها أكثر من غيره ؟ والمعقول اذن أن يكون المسترد ملزما بدفع المصاريف الخاصة بالحصة التى يطلب استردادها . ولكن القانون صريح فى الزامه بدفع كل المصاريف الضرورية أو النافعة ، وهذا النص يفيد رغبة الشارع فى وضع حد لكل العلاقات بين المشترى المطلوب رفع يده عما اشتراه و بين الشركاء الذين لم يكن لهم دخل فى الاسترداد ، وأراد أن تسوى هذه العلاقات بين المسترد والمشترى . ويلاحظ أن قواعد العدالة تقضى بأن يكون للمسترد الحق فى مطالبة باقى شركائه بكل ما دفعه زيادة على نصيبه .

أما اذا كان المشترى قد أنفق المصاريف بناء على توكيل من باقى الشركاء فيجب أن تدفع اليه كل المصاريف [2] .

ويلاحظ فرق بين النص العربى والنص الفرنسى الأهلى والمختلط ، فقد

---

(١) بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٦ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٠٦ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٢) دى هلتس نبذة ١٩ .

جاء فى النص العربى « المصاريف الضرورية أو النافعة » ، أما النص الفرنسى فقد جاء فيه « Les dépenses nécessaires et utiles » ، أى المصاريف الضرورية والنافعة ، ولكن لا يقصد من ذلك أن تكون للمصاريف صفتا الضرورية والنافعة ، بل يكفى أن تكون ضرورية أو نافعة [1] ، وعلى ذلك فالنص العربى أصح .

ويمكن تحقيق المصاريف الضرورية والنافعة وتقديرها بمعرفة الخبراء اذا لم توجد فى الدعوى عناصر يمكن تقديرها بها [2] .

٤٨٤ — **فوائد الثمن** — يجب على المسترد أن يدفع الفوائد من اليوم الذى دفع المشترى فيه الثمن ، لا من يوم طلب الاسترداد . واذا كان المسترد منه قد حصل ثمار الشىء لزمه خصمها من مقدار ما يكون له الحق فى طلب سداده اليه [3] ، ولكنه يستبق الثمار التى حصلها قبل طلب الاسترداد ، لأنه يعتبر حائزا حسن النية [4] .

٤٨٥ — **امتياز المتقاسم** — يكون للمسترد منه ، لضمان دفع الثمن اليه ، امتياز المتقاسم privilège du copartageant — لا امتياز البائع — اذا ترتب على الاسترداد انقضاء الشيوع [5] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه ١٩٠١ (١٣ ص ٣٧٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر ١٩٠٠ (١٣ ص ٦٦) .

استئناف مختلط ١٢ فبراير ١٩٢٤ (٣٦ ص٢٢١) المحاماة ٥ رقم ٦٣ ص ٧٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٠٣ .

(٣) فيما يختص بحق الاسترداد الوراثى : جوسران ٣ نبذة ١٠٦١ — اوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ص ٥٢٩ — بودرى لا كنترى وفاهل نبذة ٢٦٤٧ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٦ — قارن حكم Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ سيرى ٧٢ — ٢ — ٧٧ دالوز ٧٢ — ٢ — ٢٣٩ — هوك ٥ نبذة ٣٢٨ .

(٤) دالوز العملى نبذة ١٣٣٢ — Agen ٢٧ يناير ١٨٨٠ دالوز ٨٠ — ٢ — ١٨٢ — Chambéry ٢٧ يناير ١٨٧٢ المتقدم .

(٥) دالوز العملى نبذة ١٣٣٤ .

ميعاد الدفع

٤٨٦ — لم يعين القانون للمسترد ميعادا لدفع الثمن والمصاريف ، فدفعها واجب فى وقت وفاء المشترى بالتزامه الذى أوجبه عليه القانون ، أى وقت التخلى عن العين المشتراة . واذا أنذر المشترى المسترد بالدفع فى ميعاد عينه له لا يترتب حتما على تأخير المسترد عن الدفع سقوط حقه فى الاسترداد ، بل للمحكمة النظر فى الأمر ، ولها تقرير الميعاد الذى يجب فيه الدفع بحيث اذا مضى هذا الميعاد ولم يحصل الدفع يسقط الحق فى الاسترداد ، حتى لا تبقى حالة المشترى مضطربة زمنا طويلا [1] .

ما يترتب على حق الاسترداد

٤٨٧ — حق الاسترداد لا يسقط بالتقادم imprescriptible [2] ، بل يستمر حتى تحصل القسمة ، و بحصولها ينقضى .

ويجوز لمن له الحق فى الاسترداد التنازل عن حقه ، وقبول المشترى شريكا ، كما تقدم [3] .

واذا حصل الاسترداد يحل المسترد محل المشترى ، و يعتبر المبيع كأنه بيع

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ اكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥٥ — راجع دالوز موسوعات جزء ٤١ نبذة ١٩٧٨ و١٩٧٩ ص ٥٢٨ . محكمة Bordeaux ٢٥ مارس ١٨٥٧ سيرى ٥٨ — ٢ — ٢٨٩ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١٦ .

عكس ذلك : بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٥١ .

(٢) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٦٢ —ديمولومب ١٦ نبذة ١٢٥ — لوران ١٠ نبذة ٣٧٥ . ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أن حق الاسترداد الوراثى ينقضى بالتقادم (ثلاثين سنة) (راجع Rennes ١٥ يناير ١٨٨٠ سيرى ٨١ — ٢ — ١٨٥ دالوز ٨١ — ٢ — ١١٤) .

(٣) نبذة ٤٧٧ .

مباشرة من البائع للمسترد ، ولا يلغى عقد البيع ، وغاية ما فى الأمر أن القانون يجعل شخصا يحل محل الآخر ، ولكن آثار هذا الحلول تكون مقصورة على العلاقة فيما بين المسترد retrayant ومن نزع ملكه منه (المسترد منه retrayé) ، من غير مساس بالعلاقة التى ترتبت على التنازل فيما بين البائع والمشترى .

فالاسترداد عملية من نوع خاص sui generis ، وليست فسخا للبيع ، ولا ابطالا له ، وليست بيعا جديدا . فان البيع الأول يبقى ، وفقط يستبدل بالمشترى آخر [1] .

ولذلك يجب التفريق بين :

(ا) العلاقة فيما بين المسترد والمسترد منه .

(ب) العلاقة فيما بين البائع والمشترى .

فيما بين المسترد والمسترد منه

٤٨٨ — فى العلاقة بين المسترد والمسترد منه (المشترى) يزول البيع ، ويكون لذلك أثر رجعى ، بمعنى أن المسترد لا يعتبر خلفا للمشترى الذى حل هو محله ، وذلك لا بالنسبة للمستقبل فحسب ، بل أيضا بالنسبة للماضى . فيزول شخص المشترى ، ويعتبر المسترد أنه حصل على الأموال محل الاسترداد من البائع مباشرة ، ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) لا يكون هناك شراء جديد .

(٢) لا ضرورة للتسجيل .

(٣) يستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمشترى لدفع الثمن .

---

(١) ومن رأى بودرى لاكنترى وفاهل (٣ نبذة ٢٦٧٤) أنه يترتب على الاسترداد الوراثى وجود بيع جديد (retrait-vente). وقد انتقد هذه النظرية معظم الشراح ، وخصوصا اوبرى ورو (١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٦٤ و٦٧ مكررة) ، ويظهر أنها نبذت اليوم . راجع نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ سيرى ٩٣ — ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه .

(٤) الحقوق العينية التى رتبها المشترى فى الاثناء تسقط .

(٥) الحقوق التى انقضت باتحاد الذمة بسبب انتقال الحصة المبيعة تعود ، بما أن البيع الذى كان سببا فى اتحاد الذمة قد سقط مستندا الى الماضى .

(٦) لا ضمان على المشترى للمسترد ، وعلى ذلك لا يكون للمسترد أن يمتنع عن دفع الثمن للمشترى ، بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع [1] . ولكن يكون للمسترد حق فى الضمان على البائع وفقا للقانون العام ، لأنه يستفيد من كل المزايا التى كانت للمشترى الأصلى .

(٧) بما أن المسترد يعتبر أنه خلف للبائع مباشرة ، فحيازة المشترى السابقة تمحى [2] .

(٨) يستفيد المسترد من كل المزايا التى كانت الأموال المشتراة محلا لها فى المدة من وقت البيع لوقت الاسترداد [3] ، وعلى الخصوص المزايا الناتجة من انقضاء المرتب مدى الحياة [4] .

(٩) بما أن الاسترداد ليس بيعا فلا يكون للمسترد منه امتياز البائع ، ولكن يكون له امتياز المتقاسم اذا ترتب على الاسترداد انهاء الشيوع [5] .

٤٨٩ — تسجيل الحكم — لا يلزم المسترد بتسجيل الطلب ولا الحكم الصادر له بالاسترداد ليمكن الاحتجاج به على الغير ، خلافا للحال فى الشفعة [6] .

---

(١) راجع نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ١١٣ — سيرى ٩٣ — ١ — ١٧ وتعليق Wahl عليه — بلانيول وريبير وموري نبذة ٥٦٢ .

(٢) اوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٠ — Labbé فى المجلة الانتقادية ص ١٥٣ — نقض فرنسى ٣١ مايو ١٨٥٩ دالوز ٥٩ — ١ — ٢٤١ .

(٣) بودرى لاكنترى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٣ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٤٦ و١٤٧

(٤) ما تقدم نبذة ٤٨١ — Chambéry ١٢ فبراير ١٨٧٨ دالوز ٧٩ — ٢ — ٢٠١ — دالوز العملى نبذة ١٣٤٨ .

(٥) ما تقدم نبذة ٤٨٥ — دالوز العملى نبذة ١٣٤٨ .

(٦) أحمد لطفى بك (المحاماة ١ ص ٨٥) .
بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٧١ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٦ .

وقد رأى بعض الشراح لزوم التسجيل ، لأن الاسترداد متمم للبيع ، اذ يستبدل بالمشترى الأصلى مشتر آخر [١] . ولكن لم يؤخذ بهذا الرأى ، لأن السندات التى يجب تسجيلها هى التى تشتمل بذاتها على تصرف .

ومن رأى بعضهم أنه يجب أن يؤشر بالاسترداد بهامش تسجيل البيع . ولكن يلاحظ أنه اذا لم يقم المسترد بهذا التأشير فانه لا يترتب على عدم اجرائه أى جزاء أو سقوط يحكم به عليه ، لأنه لا يوجد نص يلزم بهذا الاجراء ، وقد يرفض أمين التسجيلات الذى يطلب منه التأشير القيام به ، لأنه ليس من الأعمال المنصوص عليها [٢] .

٤٩٠ — **تأجيل دفع الثمن** — اذا كان عقد البيع ينص على أجل لدفع الثمن ، أو على أن الثمن يدفع على أقساط ، فان المسترد يستفيد من هذا النص [٣] ، وليس هذا هو الحال فى الشفعة ، لأن قانون الشفعة نص فى المادة ١٣ منه على أن الشفيع لا يستفيد من مثل هذا النص الا برضاء البائع ، والعلة فى ذلك أن القانون يفرق فى المعاملة بين المسترد والشفيع .

ويشترط أغلبية الشراح الفرنسيين ، بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى ، تقديم كفيل ، اذا طلب المسترد منه ذلك ، لأن الأجل يمنح مع مراعاة أحوال المشترى الشخصية intuitu personae ، ويجب ألا يتحمل المسترد منه نتائج

---

(١) تروبلونج ، التسجيل ، نبذة ٢٤٩ .

(٢) بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٧١ .

(٣) طنطا الابتدائية ١٤ يونيه ١٩١٨ (دائرة القضاة مصطفى النحاس وحسن رفعت ويوسف مينا) المجموعة ٢٠ رقم ٥٥ ص ٦٨ مجموعة ناصر ٣٢٥٦ .

بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — ديمولومب ١٦ نبذة ١٤٤ — لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — نقض فرنسى ٧ يناير ١٨٥٧ سيرى ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : هوك ٥ نبذة ٣٢٨ — Mourlon, Rev. Prat., XI, 1860, p. 246 .

ويقول أنصار هذا الرأى العكسى ان المسترد منه لا ينال تعويضا كاملا اذا بقى ملزما للبائع له .

اعسار المسترد [١] .

٤٩١ — الحقوق التى رتبها المشترى — جميع الحقوق التى ترتبت على العين بمعرفة المشترى تسقط ، وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن منشئها يعتبر كأنه لم يملك العين . وقد يقال ان فى ذلك ضررا كبيرا لحقوق الأشخاص الذين يتعاملون مع المشترى ، ولكن هذا الرأى هو المعول عليه فى القانون الفرنسى فى حق الاسترداد الوراثى ، وفى القانون المصرى فيما يختص بالبيع الوفائى الذى هو حق استرداد مبنى على الاتفاق [٢] .

فيما بين البائع والمشترى

٤٩٢ — تبقى الالتزامات الناشئة عن البيع بين المشترى والبائع ، فالمسترد يعقد التزاما شخصيا بتعويض المشترى . ولكن لا يحل فى دين المشترى قبل الشريك البائع .

ويستطيع البائع أن يطالب المشترى بالثمن المتفق عليه أو بالباقى منه ، من غير أن يكون له الرجوع على المسترد ، لأنه لم يصبح مدينا له ، بل يظل أجنبيا بالنسبة له . فالمسترد لا يحل فى التزامات المشترى نحو البائع ، وان كان يحل فى

---

(١) بلانيول وريبير ومورى ٥٥٩ — أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٧ ص ١٣٨ — بودرى لاكنترى وفاهل نبذة ٢٦٥٢ — نقض ٧ يناير ١٨٥٧ سيرى ٥٧ — ١ — ٣٦٩ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ .

عكس ذلك : لوران ١٠ نبذة ٣٨٥ — Mourlon Rev. Prat., IX, 1860, p. 225 .

ويستند هذا الرأى العكسى على أن المدين لا يطالب بتقديم كفيل الا اذا كان ملزما بذلك بمقتضى الاتفاق .

ويرد أصحاب الرأى الآخر بأن هذا صحيح ، ولكن الاسترداد ليس باتفاق ، بل هو نزع ملكية تحل فيه ارادة المسترد المصدق عليها من المحكمة محل الاتفاق ، فللمحكمة أن تشرف على تنفيذ التزام المسترد ، ويلزم الاحتياط لجعل الدفع مؤكدا .

(٢) المادة ٣٤٥/٤٣١/١٦٧٣ : « عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى ، انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات التى أجرها ذلك المشترى بدون غش ، بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين » .

حقوق المشترى [١] . واذا دفع المشترى الى البائع رجع على المسترد [٢] .

٤٩٣ — ويجب على طالب الاسترداد أن يأخذ كل المبيع ، لا جزءا منه فقط [٣] .

٤٩٤ — وحق الاسترداد لا ينتقل الى الورثة ، لأنه فى الشريعة الاسلامية لا يعتبر الوارث مكملا لشخصية مورثه [٤] .

٤٩٥ — *بيع الحصة الشائعة ثانيا* — اذا باع المشترى الحصة الشائعة التى اشتراها الى آخر فان البيع الثانى لا يمنع الشريك من أن يسترد لنفسه الحصة الشائعة المبيعة عملا بأحكام المادة ٥٦١/٤٦٢ ، وكل ما فى الأمر أن يلتزم طالب الاسترداد بتوجيه دعواه ضد المشترى الثانى وأن يدفع له الثمن الذى اشترى به [٥] .

وثمن البيع الأخير هو الذى يجب على المسترد أن يقوم بدفعه ، الا اذا كان البيع السابق قد أخفى غشا . وهذا الحل يتفق مع نص القانون وروحه ، لأن الحائز الحالى يجب أن يعوض عن كل ما دفعه ، وألا يحصل على ربح ، ولا يتحمل خسارة [٦] .

---

(١) بلانيول وريبير ومورى نبذة ٥٦١ .

(٢) Bordeaux ٢٤ يوليه ١٨٥٠ دالوز ٥٥ — ٢ — ٢١٤ نقض فرنسى ٧ يناير ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ١ — ٨١ — بودرى لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٧٩ .

ومن رأى بعض الشراح الفرنسيين أن المسترد بما أنه معتبر أنه تعامل مع البائع فان المشترى الأول لا تكون عليه التزامات نحو البائع ، كما أنه لا تكون له حقوق عليه — Labbé فى المجلة الانتقادية ١٨٥٥ ص ١٤٤ وما بعدها — Mourlon ص ٢٤١ .

(٣) دى هلتس شفعة نبذة ١٠٢ .

(٤) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢٧٢ ص ٢٥٢ .

راجع ما تقدم نبذة ٤٥٧ .

(٥) استئناف مختلط ١٨ نوفبر ١٩٢٤ (٣٧ ص ١٧) برياسة باقيرا المحاماة ٥ رقم ٢٤٦ ص ٢٨٨ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١١ .

(٦) بلانيول وريبير ومورى ٥٦٠ — بودرى لاكنتنرى وفاهل ٣ نبذة ٢٦٤٥ — بيزانسون ٥ يونيه ١٨٥٧ دالوز ٥٧ — ٢ — ١١١ .

والموضوع مختلف فيه [١] .

وقد حكم بأنه اذا أخبر الشريك شفويا بالبيع المعقود من أحد الشركاء الأصليين ، فقام الشريك فى الحال بابداء رغبته فى أخذ المبيع بثمنه وشروطه ، فان البيع الثانى الذى يعقد بعد ذلك يجب اعتباره باطلا لحصوله غشا [٢] .

مقارنة حق الاسترداد بالشفعة

٤٩٦ — ان وجود المادة ٥٦١/٤٦٢ الخاصة بحق الاسترداد فى القانون ، مع وجود قانون الشفعة ، أدى الى اختلاف عظيم فى الرأى فيما يختص بحق الاسترداد المذكور . وقد انقسمت المحاكم فى هذا الصدد الى آراء مختلفة . وسنرى أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد فى بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة فى جميع الأحوال .

٤٩٧ — **الرأى الأول — لا عمل للمادة ٤٦٢ مع وجود قانون الشفعة** — اعتبرت بعض المحاكم المادة ٤٦٢ الخاصة بحق الاسترداد منسوخة بقانون الشفعة ، وان لم ينص على ذلك صراحة ، لأنه لا معنى لأن يضرب فى قانون الشفعة بميعاد ستة شهور لسقوط الحق فى الشفعة فى جميع الأحوال ، بما فيها حالة الشريك ، من يوم تسجيل عقد البيع ، وأن تقضى المادة ٤٦٢ باعطاء هذا الحق ولا يسقط الى ما شاء الله ، ولذلك يجب على الشريك الذى له حصة مشاعة فى العقار ويرغب فى استرداد الحصة المبيعة من شريكه أن يتبع أحكام قانون الشفعة ، والا سقط حقه [٣] .

---

(١) يرى آخرون أن للمشترى الحق فى طلب الثمن فى البيع الأول ، وان كان أعلى منه فى البيع الأخير : أوبرى ورو ١٠ نبذة ٦٢١ ثالثا ونوتة ٥٦ ص ١٤٤ — ديمولومب ١٦ نبذة ١١٠ و ١١١ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) . راجع استئناف مختلط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) ،

(٣) استئناف ٧ يونيه ١٩٠٤ (دائرة يحيى ابراهيم بك ومستر ويلمور ومستر =

ولكن يرد على هذا الرأى بأن قانون الشفعة نص صراحة فى المادة ٢٣ منه على الغاء بعض مواد فى المجموعة المدنية الأهليـة والمختلطة ومادة فى مجموعة المرافعات المختلطة ، ولم تذكر مادة الاسترداد من بين هاته المواد الملغاة .

٤٩٨ — **الرأى الثانى — المادة ٤٦٢ خاصة بالمنقول** — يقرر هذا الرأى أن حق الاسترداد خاص ببيع المنقول المشترك ، أما الشفعة فتكون فى العقار [1] .

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن عبارة المادة ٤٦٢ عامة ، ولا يوجد فيها ما يدل على قصرها على المنقولات .

٤٩٩ — **الرأى الثالث — المادة ٤٦٢ مقيدة لقانون الشفعة** — من رأى بعض المحاكم أن حق الاسترداد مقيد لقانون الشفعة ، لأنه لا يوجد الا فى خلال حصول القسمة ، فالمادة ٥٦١/٤٦٢ تحرم اذن على الشريك حق الشفعة بمجرد اتمام القسمة ، حتى ولو كانت مواعيد الشفعة لم تنقض [2] .

= كوغلن) المجموعة ٦ رقم ١٦ ص ٣٣ الحقوق ١٩ ص ١٧٤ الاستقلال ٣ رقم ٣٣٢ ص٢٢٦ مجموعة ناصر ٣٢٢٣ .

استئناف أهلى ٣١ مارس ١٩٠٦ (دائرة محمد مجدى بك ويوسف شوقى بك وأحمد حلمى بك) المجموعة ٨ رقم ١٣ ص ٢٦ الحقوق ٢٢ ص ٥٧ المحاكم ١٨ ص ٣٨٣١ مجموعة ناصر ٣٢٣٤ .

(١) استئناف أهلى ٣ يناير ١٨٩٥ (دائرة أحمد عفيفى بك وعمر رشدى بك وكوربت بك) الحقوق ١٠ ص ٥٧ .

(٢) مصر ٢٢ نوفمبر ١٨٩٢ (دائرة أحمد بليغ باشا ومستر بوند ومسيو دى هلتس) الحقوق ٧ ص ٤٠٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٠ . «وحيث ان هذه المادة جاءت فى باب تقسيم الشركات ، ومن المعلوم أن الشركة صالحة لأن تكون فى عقار فقط أو فى منقول فقط أو فيهما معا ، ولم تخصص هذه المادة بالحق المقرر فيها العقار فقط أو المنقول فقط ، فوجب لعدم تقييدها طلاق ما ورد فيها على كل ما تتأتى الشركة فيه ، على أنه قد يظهر بالبداهة أن هذه المادة ملاحظة المنقول ملاحظة مخصوصة ، فان الحق الوارد فيهـا قد سبق فى باب الشفعة تقريره للشريك فى العقار دون المنقول ، فيتعين أن يكون مراد وضعها افادة اطلاق الحكم الذى سبق تقريره للشريك فى العقار فى حق الشريك فى المنقول أيضا ، فجاءت المادة بهذه الكيفية العامة لافادة ذلك » .

=

ولـكن بناء على هذا الرأى تـكون القسمة من مسقطات الشفعة ، وهـذه المسقطات مذكورة فى قانون الشفعة ، وليس من بينها القسمة .

٥٠٠ — الرأى الرابع — المادة ٤٦٢ خاصة بحق الاسترداد الوراثى كما هو فى فرنسا — ان حق الاسترداد مقصور على حالة خاصة ، وهى حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى التركة أو جزءا من حصته الشائعة فيها ، أما اذا باع أحد الورثة حصته فى أعيان معينة من التركة فتجوز الشفعة فى هـذا البيع ، ولا يجوز حق الاسـترداد ، أى أن حق الاسـترداد هـذا هو حق الاسترداد الوراثى Retrait successoral المنصوص عليه فى المـادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

ولـكن يرد على هذا الرأى بأن المادة ٥٦١/٤٦٢ عامة ، وذكرت فى باب قسمة الشركات وغيرها ، ولم يذكر فيها ما يدل على أنها خاصة بحق الاسـترداد الوراثى المذكور فى فرنسا فى باب الميراث .

٥٠١ — الرأى الخامس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد — ان حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٥٦١/٤٦٢ هو حق الاسترداد الوراثى لفائدة الورثة فى حالة بيع أحدهم لأجنبى نصيبه أو جزءا عاما من نصيبه ، والحـكمة فيه عندهم فى فرنسا هى منع الأجنبى من التدخل فى أحوال العائلات والتنقيب على أسرارها والاضرار بسمعتها ، أما بيع العين المعينة فليس فيه مظنة الضرر ، وهم محتاجون لذلك فى فرنسا لعدم وجود نصوص الشفعة عندهم ، أما فى مصر فيوجـد قانون للشفعة واف بحقوق الشركاء وذوى الجوار ، وعلى ذلك تـكون المادة نقلت من القانون الفرنسى على سبيل الاطراد ، لا لغرض مخصوص ، ولا يمكن القول بأن المـادة ٤٦٢ جاءت استثناء من المـادة الخاصة

= ومن رأى زكى العرابى باشا (نبذة ١٤١ — ص ٨٢) أنه بمـا أن قانون الشفعة جاء بعـد القانون المدنى فيـكون ملغيا ضمنا كل ما جاء فيه مخالفا لأحكامه ، وبما أن المـادة ٤٦٢ تخالف أحكامه فيما يختص بالمدة ، فتكون قد لغيت بالنسبة اليها .

بالشفعة ، لكونها ليست من بابها ولا من متمماتها [١] .

ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به ، لأن الشفعة لا تجوز الا فى العقار ، وحق الاسترداد يجوز أيضا فى المنقول .

٥٠٢ — الرأى السادس — المادة ٤٦٢ منقولة من القانون الفرنسى مع توسع فيها وتخالف الشفعة — ان حق الاسترداد مأخوذ من القانون الفرنسى (المادة ٨٤١) ، الا أن الشارع المصرى توسع فيه ، فبدل أن يجعله ، كما فى مادة القانون الفرنسى ، مقصورا على الحالة التى يكون فيها سبب الشيوع الارث ، جعله عاما لكل شركة كان سببها الارث أو غيره من شراء أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك ، وعلى ذلك فبدلا من أن يجعله مقصورا على الحالة التى يكون فيها المبيع الحق فى الارث أو بعض الحق فيه ، كالنصف أو الثلث مثلا ، أى حق الوارث فى التركة بما لها وما عليها son droit à la succession ، جعله شاملا لكل حالة يكون فيها البيع حصة شائعة فى الملك المشترك بدون قيد part indivise ، فيكون فى تركة أو شركة مؤلفة من مجموع حقوق أو أموال ثابتة أو منقولة ، ولا يكون فى حصة شائعة فى عقار معين بالذات [٢] ، لأن العلة

---

(١) استئناف ٢٦ يناير ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٨ مجموعة ناصر ٣٢٣٢ .

(٢) استئناف ٢٢ ابريل ١٩١٣ (دائرة أحمد ذو الفقار بك ومينا ابراهيم بك ومستر ماك بارنت) المجموعة ١٤ رقم ٩٢ ص ١٧٧ الفهرست العشرية الثانية للمجموعة رقم ٢٨٣ الحقوق ٢٨ ص ٢٦٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٦ : الحق المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ مدنى بعضه مأخوذ من حق الاسترداد الوراثى المنصوص عليه بالمادة ٨٤١ مدنى فرنسى التى تخوله الشريك فى الميراث ، وبعضه مأخوذ مما جرت عليه المحاكم الفرنسية فى أحكامها التى كانت تجعل نص هذه المادة شاملا لجميع الشركات ، وان كانت قد عدلت عن ذلك فيما بعد (بودرى لا كنتنرى ، المواريث ، طبعة ثانية ، جزء ٣ فقرة ٢٥٨٢) .

راجع أيضا استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان بك) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ .

استئناف ٢١ يناير ١٩٢٢ (دائرة حافظ لطفى بك ومستر كالوينى وعلى سالم بك) المحاماة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٥٦ مجموعة ناصر ٣٢٥٠ .

الفشن الجزئية (القاضى حسن رياض) ٣١ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة ١٨ رقم ٩٦ ص =

فى هذه المادة ، وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشترى الحصة الشائعة فى العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون ، منتفية فى حالة العقار المعين ، اذ المشترى لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التمليك فى ذلك العقار المعين .

وبذلك يخالف حق الاسترداد حق الشفعة الذى لا يكون الا فى حصة شائعة فى عقار معين (١) . وعلى ذلك فليس بين الحقين تنافر أو تناقض ، اذ يرد

= ١٧٠ الفهرست العشرية الثانية رقم ٩٥٩ مجموعة ناصر ٣٢٣٨ .

طنطا الابتدائية ١٥ ديسمبر ١٩١٩ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى محمد صديق والقاضى أحمد فائق) المجموعة ٢٢ رقم ٩ ص ١٨ المحاماة ١ رقم ٧ ص ٣٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٢ مجموعة ناصر ٣٢٤١ .

استئناف ١٠ يوليه ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣١٠ مجموعة ناصر ٣٢٣٥ : ان الحق المعطى للشريك فى المادة ٤٦٢ مدنى هو الحق المأخوذ عن القانون الفرنسى ، ويسمى حق الاسترداد الوراثى ، وهو يكون فى شركة أو تركة مؤلفة من مجموع حقوق وأموال ثابتة أو منقولة ، فلا يكون فى حصة شائعة فى عقار معين ، والغرض منه أدبى ، وهو منع الأجنبى من التدخل فى العائلات ، فهذا الحق يخالف حق الشفعة الذى لا يكون الا فى حصة شائعة فى عقار معين ، والغرض منه أمر مادى ، وهو منع ضرر عقار من عقار آخر ، وعليه فالمادة ٤٦٢ مدنى ليست ملغاة بقانون الشفعة الجديد ولا مكررة مع المادة ٦٩ مدنى (الملغاة) .

(١) استئناف ٢ مايو ١٩٠١ (دائرة أحمد عفيفى بك وحامد محمود بك ومستر ساتو) المجموعة ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ الفهرست العشرية الأولى للمجموعة رقم ٨٦١ ، الحقوق ١٦ ص ٢٣٥ مجموعة ناصر ٣٢٣١ : بالتأمل فى المادة ٤٦٢ يتبين جليا أن واضع القانون انما أراد بتدوينها جواز الشفعة فى حالة خاصة ، وهى ما اذا باع أحد الشركاء أو الورثة حصته الشائعة فى شركة أو تركة أو جزءا من الحصة شائعا مثل ربعها أو سدسها أو خمسها . ومن المعلوم أنه يدخل فى الحصة جميع مشتملات الشركة أو التركة من عقار ومنقول وما عليها وما لها من الديون والحقوق . ولم يرد واضع القانون شمولها لما اذا باع حصته الشائعة فى عين معينة تابعة للشركة أو للتركة ، لأنه لو كان أراد بوضع هذه المادة ما يشمل هذه الحالة لما كان لوضعها فائدة فيما اذا كانت الحصة المبيعة فى عقار لدخوله تحت نص مادة الشفعة ، ولو كان مراده من هذه المادة المنقول لصرح بذلك . وقد اتفق علماء القانون الفرنسى على أن حكم المادة ٨٤١ لا يسرى على حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته فى عين معينة تابعة للتركة ، مع أنه لم يوجد فى قانونهم أحكام عامة للشفعة كما هو موجود فى القانون المصرى ، فيكون من باب أولى =

كل منهما على نوع مخصوص من التصرفات لا يرد عليه الآخر .

ولا يمكن القول بانطباق المادة على التصرفات فى العقار المعين ، لأن هذا القول يقتضى القول بالتناسخ أو التناقض أو الاشتراك بين هذه المادة ومواد الشفعة ، لأن حق الشريك فى الشفعة فى العقار المبيع محوط بقيود وضوابط خلص منها حق الاسترداد ، فاذا اشتركا فى مدلول وجب أن يعتبر الحق المطلق منسوخا بالحق المقيد ، أو أن يعتبر الشارع متناقضا فى أحكامه ، وأنه وضع للشفعة فى باب حكما وفى باب آخر حكما آخر أوسع منه ، فمن لم يتيسر له الانتفاع بالأول جاز له أن يطلب الانتفاع بالآخر ، وهذا عيب وتناقض ينزه الشارع عنه عادة ، ولم يبق بعد هذا الا أن يخص باب الشفعة بالتصرفات فى العقارات المعينة ، وأن تجعل المادة ٤٦٢ خاصة بالتصرف فى الحصص الشائعة فى الشركات والتركات أخذا بنص المادة الأخيرة ، واختلاف حكمتها عن حكمة الشفعة ، ووجوب قصر انطباقها على الحالات التى تتوافر فيها تلك الحكمة ، وايثارا للقول بعدم التنازع بين أجزاء قانون واحد ، وخصوصا أن قانون الشفعة الذى صدر

= أن مادة ٤٦٢ لم توضع الا للحالة الخاصة المذكورة .

استئناف ١٣ مايو ١٩٢٠ (دائرة أحمد طلعت باشا ومستر هل وأحمد عرفان بك) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٠ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٥ .

طنطا الابتدائية ١٣ مارس ١٩٢٠ (دائرة عبد الحميد بدوى بك والقاضى خليل عفت والقاضى صالح جعفر) المجموعة ٢٢ رقم ٦ ص ١٢ المحاماة ١ رقم ٨ ص ٤١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٤ : ان الشارع المصرى لم يضع أحكاما للتركات باعتبارها من الأحوال الشخصية ، وانما وضع بابا للقسمة يشمل الشركات والتركات على السواء ، وقد ترتب على نقل المادة ٨٤١ الفرنسية الى هذا الباب أن المادة المصرية لم تصبح مقصورة على التركات ، ولوحظ ذلك فى تحريرها ، وهذه المادة لا تنطبق حيث يكون المبيع حصة شائعة فى عقار معين بالذات ، لأن العلة فى هذه المادة وهى خوف الاطلاع على أسرار الشركة أو التركة لوجوب اشتراك مشترى الحصة الشائعة فى العلم بكل ما للشركة أو التركة من الحقوق وما عليها من الديون منتفية فى حالة العقار المعين ، اذ المشترى لا يحتاج الا الى الاطلاع على أسباب التمليك فى ذلك العقار المعين .

فى سنة ١٩٠١ لم ير محلا لالغاء المادة ٤٦٢ ، لأنه لم ير بينها وبينه تناقضا أو تراكبا .

ولكن يرد على هذا الرأى أن هذا الحصر لا مبرر له فى مصر ، اذ أن نص المادة ٤٦٢ عام ، وليس مقصورا على الحالة المذكورة فى الأحكام المتقدمة (١) .

٥٠٣ — الرأى السابع — المادة ٤٦٢ خاصة بالشيوع الناشىء عن الشركات لا التركات وتخالف الشفعة — حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى هما حقان مختلفان تمام الاختلاف من حيث موضوعهما وطريقة تطبيقهما . فحق الشفعة لا يسرى الا فى حالة بيع العقار ، وفى المواعيد وبالشروط المبينة فى قانون الشفعة ، أما حق الاسترداد فلا يطبق الا فى حالة ما اذا كان الشيوع ناشئا عن عقد « شركة » وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فى الأموال المشتركة ، سواء أكانت منقولة أم ثابتة .

وأخذت بهذا الرأى محكمة مصر الابتدائية (٢) ، وبنت رأيها على ما يأتى :

يستخلص من مقارنة النصوص القانونية أن الشارع المصرى نقل أحكام الشفعة عن الشريعة الاسلامية التى كان معمولا بها وقت وضع القوانين ، ولما كانت الشفعة تجيز لكل شريك على العموم له حصة شائعة فى العقار المبيع أن يمتلك العين المشفوعة استغنى بها عن حقوق الاسترداد الموضوعة فى القانون الفرنسى لاسترداد حصة الشريك فى عقار موروث أو مملوك لأحد الزوجين ، لأن أحكام الشفعة تتناولها ولذلك حذفها . ومما يؤيد هذا الاستنتاج أن الشارع المصرى استبقى حقوق الاسترداد الأخرى المذكورة فى القانون الفرنسى والتى رأى أن أحكام الشفعة لا تفى بها ولا تسرى عليها ، وذكرها فى مواضعها ، ونقل

---

(١) راجع ما سيجىء فى نبذة ٥٠٤ .

(٢) مصر الابتدائية ٢٨ ابريل ١٩٢٠ (دائرة محمد حلمى عيسى بك والقاضى طاهر نور والقاضى عبد السلام زكى) المجموعة ٢٢ رقم ١٠ ص ٢١ مجموعة ناصر ٣٢٤٣ .

أحكامها المقررة لها فى القانون الفرنسى بعبارة تنم عن مصدرها ، مثال ذلك استرداد الحقوق المتنازع عليها ، واسترداد العين المبيع بعضها بيعا وفائيا .
ويستخلص من ذلك أن حق استرداد الحصة الشائعة الوارد فى المادة ٤٦٢ لا بد أن يكون مقصودا به شىء آخر غير حق الشفعة وما انطبقت عليه من أحوال الاشتراك فى الملك ، كالوارث الشريك فى عقار موروث ، لأنه كلما كان الشارع يجد الحاجة ماسة لايجاد حق استرداد لا يتناوله قانون الشفعة يوجده ، ولكن لمناسبته ولانطباقه على غرض خاص ، بحيث لا يمس قانون الشفعة ولا يتعارض معه ، ولذلك لم يتسرب الى ذهن أحد أن هناك تعارضا بين استرداد الحقوق المتنازع عليها وبين حق الشفعة لاختلاف محل كل منهما . ويظهر غرض الشارع جليا اذا رجعنا للحالة التى كانت موجودة وقت وضع القانون المختلط فلا نزاع فى أن القانون المذكور وضع لتسوية العلاقات والمعاملات بين الوطنيين والأجانب وأدخلت به نظامات حديثة ذات أهمية عظمى ، كنظام الشركات ، فقد عقد الشارع لها بابا خاصا بين فيه طرق انشائها وادارتها وانقضائها وقسمتها ، وعند ذلك رأى أن القسمة مفضية للبيع ، ولما كان أساس الشركات الثقة بين الشركاء ، فاذا ما دخل أجنبى بينهم بطريق شرائه حصة أحدهم فقد تختل العواطف المتبادلة — أجاز لهم استرداد الحصة المبيعة استبقاء للشركات وعملها النافع ، ومعلوم أن شخصية الشركاء ذات شأن فى حسن الادارة ، ولذلك فان مجرد وفاة أحدهم أو الحجر عليه أو افلاسه داع لانقضاء الشركة الا اذا وجد نص آخر ، اذ فى هذه الحالة يكون معنى ذلك أن صفة الشركاء غير ملحوظة فى تكوين الشركة . ويستخلص من ذلك أن حق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ محله بيع أحد الشركاء فى شركة société حصته الشائعة ، وهو لا يثبت الا للشركاء الأصليين كما يستفاد من النص الفرنسى ، فانه اذا جاز قبول شريك غير أصلى فى شركة تكون شخصية الشركاء غير ملاحظة قياسا على أحوال الحجر أو الموت أو الافلاس وحينئذ يجوز قبول غيره ، أما اذا كانت شخصيتهم ملاحظة وجبت المحافظة على الثقة المتبادلة بينهم واتقاء الضرر الذى يلحقهم بطريق

الاسترداد المذكور .

ومما يعزز هـذا الرأى ، وأن المقصود هم الشركاء فى شركة ، لا الشركاء بطريق الاشتراك فى الملك بارث أو وصـية وغيرها ، نص مادة الاسترداد ، وخصوصا النص الفرنسى ، فانه أوضح ، بخلاف النص العربى فانه مقتضب . وقد جاء بالأول ما يأتى (يجوز للشركاء الأصليين لحين القسمة أن يستردوا الحصة المشاعة التى باعها أحدهم للغير) ، فانه بتحليل هذا النص نجد الشارع عنى بذكر الشركاء (الأصليين) ، والاشتراك فى الملك بارث أو هبة أو غيرهما لا يلاحظ فيه شركاء أصليون وغير أصليين ، كالشركات ففيها المؤسسون والمساهمون والشركاء الطارئون بأى صفة أخرى ، كذلك قال (الحصة المشاعة) ولم يقل (العقار) ، لأن الشركات القـائمة على الأسهم والسندات يكون المنقول فيها أهم من العقار الذى قد لا يشمل غير الأماكن اللازمة للادارة ، وقال (لحين القسمة) ، ومعنى ذلك أنه يقصد الأشياء الجارى قسمتها . وهذا كله يفيد أنه يتـكلم على شىء غير الشفعة المعروفة ، لأن محلها بيع العقار لا قسمته ، وهى جائزة للشريك الأصلى ولغيره من الشركاء ، وهكذا من وجوه الخلاف . وباقى المواد يؤيد هذا الرأى ، فقد نص القانون فى المواد السابقة لهذه المادة على حقوق الدائنين قبل القسمة ، و بين أن ديونهم الناشئة عن الشركة مفضلة على ديون الدائنين لأشخاص الشركاء ، مما يفيد أن القانون انما يشير للشركات وأهمية عملها والديون الناشئة عنها . فاذا ما جاء بعـد ذلك وتـكلم على حق الاسترداد فانما يتـكلم عليه بالنسبة لتلك الشركات التى عنى بها وأحاط بجميع أحكامها ، ولما كان قانون الشفعة لا يتناول حالة بيع حصة شائعة فى شركة أهم عملها الأسهم والسندات وضع القانون أحكاما خاصة لاستردادها وجعلها لا تسرى الا قبل القسمة ، اذ بالقسمة تنحل الشركة .

ومما تقدم يتعين قصر مدلول الاسترداد على الشركات فقط دون غيرها ، والقول بأن هذا النص مأخوذ عن القـانون الفرنسى الخاص باسترداد الوارث لحصته الشائعة التى باعها أحد الورثة لا مبرر له ، لأن هذا الحق داخل فى قانون الشفعة ، فلا معنى لتـكراره ، وعبارة المـادة ٤٦٢ ليس فيها ما يدل على أصلها

كعبارات سائر حقوق الاسترداد المنقولة عن القانون الفرنسى .

والقول بأن هذا الحق يخول نفس الحقوق التى تجيزها الشفعة قول لا أساس له ، ويناقض القواعد الأصولية فى تفسير القانون ، فان مادة الاسترداد عامة من كل قيد وارد فى الشفعة من جهة موضوعها واجراءاتها ، فان قيل بأن الشارع أراد هنا وضع قاعدة عامة ، وجب قيدها بجميع قيود الشفعة ، وبعبارة أخرى تطبيق قانون الشفعة ، وذلك لأن قواعد التفسير تقضى فى حالة قيام حكمين أحدهما عام والآخر خاص بالرجوع للحكم الخاص ، اذ من المعلوم أن المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يتقيد نصا أو دلالة ، ونص المادة ٤٦٢ مدنى مقيد نصا لقانون الشفعة ، فوجب اسقاط جميع أحكامها منه ، وحمل المادة على الأحوال الخارجة عنها ، ولا تجد غير استرداد حصة شائعة فى شركة .

وتخريج النص لهذه الحالة يجعله منتجا والا كان وضعه عبثا ، ومعلوم أن اعمال الكلام خير من اهماله ، ويؤيده العرف الذى لم يقر بأن هذه المادة وضعت لتسرى على أحوال الشفعة ، ومعلوم أن العادة تصلح مفسرة فى حالة اشتراك النص أو غموضه ، كما يؤخذ من نص المادة ١١٥٩ من القانون الفرنسى ، ويقول الفقهاء فى هذا الموضوع أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، فاذا أطلق الواقف وقفه فان اطلاقه يحمل على الاستغلال لا السكنى ، حيث كان عرف الواقفين كذلك . ولا نزاع فى أن العرف جرى على تعيين قانون الشفعة للبيوع فى العقارات ولم يجر على استعمال حق الاسترداد فيها ، اللهم الا قضايا قليلة نادرة رفعها أصحابها فى الغالب من باب المشاغبة عند ما لا يساعدهم قانون الشفعة ولا تعتبر عرفا ، وهذه العادة أو العرف أساسه فى مصر طبعا حالة القوانين الاسلامية التى كانت مرعية الاجراء قبل وضع القوانين الحالية ، فجاء الشارع المصرى وأقرهم عليها ، وأوجدها فى قانون ، وقد فهمها الناس كذلك ، وساروا عليها ، فلا يتصور أن واضع القانون أراد أن يوجد للشفعة ، وخصوصا أن نظامها غير معروف فى البلاد الأجنبية ، أحكاما أخرى غير أحكام الشفعة المعروفة فى مصر [1] .

---

(١) للرد على هذا الرأى راجع النبذتين التاليتين .

٥٠٤ — الرأى الثانى — للشريك الخيار فى استعمال حق الاسترداد أو حق الشفعة — للشريك على الشيوع حقان لاسترداد الحصة الشائعة ، حق عام ورد فى قانون الشفعة ، وحق آخر تكلمت فيه المادة ٤٦٢ مدنى ، فلصاحب الشأن أن يتمسك بأى الحقين الذى يرى فيه مصلحته . ولا يترتب على سقوط حقه فى أحدهما سقوطه فى الثانى (١) .

ويستند هذا الرأى على ما يأتى :

(١) أن وجود حق الاسترداد بجانب حق الشفعة مستفاد من تقريره فى القانون بنص خاص ، ومن أن قانون الشفعة ألغى من القانون المدنى المواد الخاصة بالشفعة ، ولم يتعرض للمادة الخاصة بحق الاسترداد .

(٢) أن الشارع قد قرر الحقين وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات يغنى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن اعمال النصوص أولى من اهمالها ، وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شىء واحد .

(٣) لا مسوغ لحصر المادة ٤٦٢ فى حالة الشيوع الناشىء عن الشركة الاختيارية اذ كان نصها عاما يدخل تحت مدلوله جميع الشركاء فى الملك المختارين وغير المختارين ، وقد وردت المادة فى القانون تحت عنوان « قسمة

---

(١) استئناف ٧ ديسمبر ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومستر كرشو وصالح حقى بك) المحاماة ١ رقم ٩٥ ص ٤٧٤ ، المحاماة ٢ رقم ٦ ص ١٠ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١١٠٦ و ١١٠٧ مجموعة ناصر ٣٢٤٦ .

استئناف ١٠ فبراير ١٩٢٠ (دائرة محمد محرز باشا ومسيو سودان ومستر كلابكوت) المجموعة ٢١ رقم ٩٣ ص ١٥١ المحاماة ١ رقم ٦١ ص٣٣٧ الجدول العشرى الأول للمحاماة ١١٠٣ مجموعة ناصر ٣٢٤٢ .

طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ (دائرة القضاة مصطفى النحاس ويوسف مينا وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ٩ ص ٨ مجموعة ناصر ٣٢٣٩ .

أسيوط الابتدائية ٢٥ ابريل ١٩٢٠ (دائرة سلامة ميخائيل بك والقاضى محمد توفيق العطار والقاضى حسن توفيق) المحاماة ٢ رقم ١٠٨ ص ٣٣٩ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١٠٨ .

الشركات ونحوها » .

(٤) أن الكلمة التى استعملها الشارع فى النص الفرنسى للتعبير عن الشركاء فى الملك وهى copropriétaires يقع تحت مدلولها الشركاء المختارون وغيرهم ، وقد استعمل الشارع هذا اللفظ فى كل نص ورد تحت العنوان المذكور خاصا بالشركاء فى الملك عامة ، مختارين وغير مختارين (انظر المواد ٤٥٢ و٤٦١ و٤٦٢ ، كما أنه استعمل كلمة associé فى كل نص أورده تحت ذلك العنوان خاصا بالشركاء المختارين دون سواهم (أنظر المادتين ٤٤٨ و٤٤٩)[١] .

و بناء على هذا الرأى الأخير يجوز للشركاء الأصليين فى الملك أن يستعملوا حق الاسترداد الذى منحتهم اياه المادة ٤٦٢ مدنى ، حتى اذا باع أحدهم حصته الشائعة فى عقار معين ، لأن هذا الحق غير مقصور على حالة بيع حصة شائعة فى مجموع الأعيان المشتركة[٢] .

٥٠٥ — رأينا — ونحن من الرأى الأخير ، لأن قانون الشفعة مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، وحق الاسترداد منقول عن القانون الفرنسى ، فالحقان مختلفان بعضهما عن بعض ، ولما سن قانونا الشفعة الجديدان (٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ مختلط و ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ أهلى) ألغى صراحة بعض المواد فى المجموعة المدنية ومجموعة المرافعات ، ولم تذكر فى ضمنها مادة الاسترداد[٣] ،

---

(١) طنطا الابتدائية ٢٢ أكتوبر ١٩١٨ (دائرة مراد سيد أحمد بك والقاضى يوسف مينا والقاضى جمال الدين أباظة) المجموعة ٢٠ رقم ٧٦ ص ٩٥ الحقوق ٣٥ ص ٢٩ مجموعة ناصر ٣٢٥١ .

(٢) راجع طنطا الابتدائية ٢١ أكتوبر ١٩١٧ (دائرة القضاة مراد سيد أحمد وحسن رفعت وجمال الدين أباظة) المجموعة ١٩ رقم ١٨ ص ٢٧ مجموعة ناصر ٣٢٤٠ :
« وحيث ان الحاضر عن المشترية يريد أن يحصر حق الاسترداد فى حالة بيع مجموع حقوق فى تركة أو شركة ارتكانا على ما هو مقرر فى فرنسا من أن المادة ٨٤١ مدنى لا تنطبق اذا كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين (باندكت جزء ٥٤ نبذة ٧٢٥٣ صفحة ٦٣٥) .
وحيث أن هذا الحصر لا مبرر له من نص القانون المصرى الذى جاء عاما غير مخصص .
أما ما تقرر فى فرنسا فحكمته أن المادة ٨٤١ نصت على التنازل عن الحق الموروث droit à la succession ، وظاهر أن هذا لا يشمل بيع حصة فى عين أو أعيان معينة .
وراجع الأحكام الأخرى المذكورة فى هذه النبذة .

(٣) راجع استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ١٢٩ ص٦٧ ، ٧ فبراير ==

وعلى ذلك يجب عند النظر فى تفسير نصوص قانون الشفعة الرجوع الى الشريعة الغراء ، ولكن فى حالة الاسترداد يرجع الى القانون الفرنسى ، مع مراعاة النص المصرى .

وليس فى أصول التشريع ما يمنع من وجود حقين ينال بهما شىء واحد ، وقد قرر الشارع الحقين ، وشرط لكل منهما شروطا ، فلا يكفى أن تكون هناك حالات يغنى فيها حق الشفعة عن حق الاسترداد للقول بتعطيل النص المقرر لحق الاسترداد فى تلك الحالات ، لأن اعمال النصوص أولى من اهمالها (١) .

وحق الاسترداد ثابت للشركاء الأصليين فى الملك ، سواء أكان عقارا أم منقولا (٢) ، بخلاف حق الشفعة فانه مقصور على العقار . وعلى ذلك اذا باع شريك حصته الشائعة فى عقار فلباقى الشركاء حق الشفعة وحق الاسترداد ، ولهم أن يختاروا أى الطريقين الذى يكون أنفع لهم ، والأسباب التى يسقط بها أحد الحقين لا تؤثر فى الحق الآخر (٣) .

وحق الاسترداد يستمر حتى تتم القسمة ، ولا يسقط بالسكوت عنه ، ما دامت قسمة الملك المشترك لم تتم ، حتى مع العلم به ، ما لم يصدر عن الشريك ما يدل فعلا على قبول المشترى الجديد شريكا نهائيا (٤) ، ومن ثم على التنازل عن حق الاسترداد ، بخلاف حق الشفعة فانه يسقط بالسكوت عنه أكثر من

= ١٩٠٨ (١٩ ص ١١٤) ، ١٤ مارس ١٩٠٧ (١٩ ص ١٥٢) ، ٢٦ ديسمبر ١٩٠٧ (٢٠ ص ٤٣) .

(١) حكم طنطا ٢٢ اكتوبر ١٩١٨ المتقدم .

(٢) وقد حكم بأن كون العقارات جزءا من مجموعة مبيعة من الحقوق المنقولة والعقارية لا يمنع الشريك الأصلى فى هذه العقارات من استعمال حق الاسترداد الذى تخوله المادة ، وانما على المشترى أن يطلب استبعاد المنقولات وتقسيم الثمن على أساس القيمة التى للعقارات والمنقولات استئناف مختلط ٢٥ ابريل ١٩٠٧ (١٩ ص ٢١٩) .

(٣) استئناف مختلط ٤ مايو ١٩١١ (٢٣ ص ٣٠٢) .

(٤) راجع نبذة ٤٧٦ .

١٥ يوما من تاريخ العلم [١] .

كذلك قررت المـادة ٢٢ من قانون الشفعة أن الحق فى الشفعة يسقط فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ، وذلك بالنسبة لجميع الشفعاء ، ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا ، ولكن هـذا النص لا ينطبق بالنسبة لحق الاسترداد [٢] .

واذا سقط حق الشفعة لا يكون للشريك الا حق الاسترداد ما دامت القسمة لم تعمل ، وقد يكون للمسترد منفعة فى عدم المطالبـة بمقتضى حق الشفعة والانتظار حتى القسمة ليطالب بمقتضى حق الاسـترداد ، كأن لا يكون لديه المال الـكافى للأخذ بالشفعة . والسبب فى أخذ الشريك بالشفعة قانونا هو رغبته فى توسـيع ملـكه ، ولـكن السبب الذى بنى عليه حق الاسترداد هو التخلص من الأجنبى الدخيل الذى لم يكن معـه وقت الشركة ، ومنعه من التـدخل فى القسمة ، وبناء على ذلك يعـامل القانون المسترد معاملة أقل شـدة مما يعامل به الشفيـع ، فاذا أعلن المشترى الشريك بشرائه فان هـذا يسقط حق الشفعة بعـد مضى الميعاد القانونى ، ولـكن لا يكون له تأثير فى حق الاسترداد ، كذلك اذا أنذر المشترى المسترد بأن يأخـذ بالاسترداد اذا أراد فان ذلك لا يسقط الحق ، ولا يلزم المسترد بشىء ، لأن القانون نص على أن حق الاسـترداد لا يسقط الا بالقسمة ، فلا يجوز للمشترى أن يقيد هذا الحق بوقت آخر [٣] .

والشريك الذى يطالب بحق الاسترداد يحل محل المشترى فى جميع شروط

---

(١) طنطا الابتدائية ١٢ مايو ١٩١٧ المتقدم .

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيه ١٩٠٥ (١٧ ص ٣٢٧) ، ١٨ مايو ١٩٠٥ (١٧ص ٣٢٦) ، ٢٧ نوفمبر ١٩١٣ (٢٦ ص٦٠) .

(٣) وقد حكم بأن للشريك الأصـلى الذى له حق الاسـترداد لغاية القسمة الحق فى أن يشترى اختيارا ، بمقتضى عقد ، الحصة الشائعة المبيعة ، حتى بعد طلب الشفعة المقدم من أجنبى ، ما دام أنه له أن يلزم المشترى بدعوى قضائية بالتنازل له عن الحصة (استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩١٢ (٢٤ ص ١٩٧) .

استئناف مختلط ٧ فبراير ١٩٠٧ (١٩ ص ١١٤) .

العقد المبرم بينه و بين الشريك البائع ، فاذا كان الثمن مقسطا جاز للمسترد أن يتمسك بهذا التقسيط ، خلافا للشفيع فان المادة ١٣ من قانون الشفعة حرمته من الانتفاع بهذا الشرط (١) .

ومشترى الحصة الشائعة الذى لم يكن داخلا فى الشيوع عند بدئه لا يستطيع استعمال حق الاسترداد ، ولـكنه يستطيع الأخذ بالشفعة ، لأنه شريك ، وهذا يكفى .

٥٠٦ — رأى دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة — لاختلاف الآراء فى تفسير المادة ٤٦٢ من القانون المدنى قد أحيل هذا الموضوع على محكمة الاستئناف لتفصل فيه دوائرها مجتمعة ، فقررت بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (٢) أن حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى حقان مختلفان بعضهما عن بعض تمام الاختلاف من حيث موضوعهما ومحل تطبيقهما ، فان حق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ويطبق فى أحوال بيع عقار معين أو حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المبينة فى الأمر العالى الرقيم ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ الخاص بالشفعة ، أما حق الاسترداد فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانونى الفرنسى ، وقد منحه المشرع الشركاء الأصليين فى الملك دون غيرهم فى حال الشيوع ، سواء أكان ناتجا عن ميراث أم عن شركة ، متى باع أحد الورثة أو الشركاء لأجنبى حصة شائعة فى مجموع التركة أو الشركة من عقار أو منقول ، وكذلك اذا باع أحدهم لأجنبى حصة شائعة فى عين معينة يصعب على المشترى تسلمها بدون أن يطلع على أسرار التركة أو الشركة ، ففى هاتين

---

(١) ١٤ يوليه ١٩١٨ المجموعة ٢٠ ص ٦٨ .

(٢) محكمة الاستئناف دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (رآسة أحمد طلعت باشا وحضور مستر برسيفال ومحمد محرز باشا وأحمد موسى باشا ومستر كالوينى ومسيو سودان ومستر كرشو وأحمد عرفان باشا وعطية حسنى بك وعلى ثاقب بك وفوزى المطيعى بك ومتولى غنيم بك وعلى سالم بك ومحمد مصطفى بك ومحمد علام باشا وشاكر أحمد بك) المجموعة ٢٣ رقم ١١١ ص ١٧٠ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٠١ مجموعة ناصر ٣٢٤٧ .

الحالتين يجوز للشركاء المذكورين لحين القسمة أن يستردوا الحصة الشائعة التى بيعت .

وجاء فى أسباب حكمها :

« وحيث ان المادة ٤٦٢ سالفة الذكر وضعت فى الحقيقة لحالة خاصة فى باب القسمة ، ولا علاقة لها بالشفعة ، التى خصص لها القانون بابا فصل فيه أحكامها المأخوذة من الشريعة الاسلامية ، بخلاف الحق المنوه عنه فى المادة ٤٦٢ المذكورة فانه مأخوذ عن المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى التى وضعت لحالة خاصة ، وهى حالة ما اذا باع أحد الورثة حصته الشائعة فى تركة أو جزءا من الحصة شائعا كالثلث أو الربع مثلا ، بحيث يدخل فى الحصة ما يخصها من جميع مشتملات التركة من عقار ومنقول وما لها وعليها من الديون والحقوق ، فيحق فى تلك الحالة لباقى الورثة أو أحدهم ، لحين القسمة ، أن يسترد الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشترى ، وهو ما يسمونه حق الاسترداد الوراثى ، والغرض منه منع الأجنبى من التداخل فى العائلات والاطلاع على أسرارها ، وقد قام خلاف بين شراح القانون الفرنسى ، فقال بعضهم ان الاسترداد الوراثى يجرى فى الشركات كما يجرى فى التركات ، لأن للشركات أسرارا أيضا تجب المحافظة عليها ومنع الأجنبى من الوصول اليها ، فاختار الشارع المصرى تعميم النص ، لذلك عبر بالشركاء الأصليين مكان الورثة كما جاء فى الطبعة الفرنسية ، وأطلق موضوع الحصة الشائعة حتى يكون شاملا لكل ما انعقد له باب القسمة من الشركات وغيرها ، والشركاء الأصليون ، سواء كان اشتراكهم جاء من طريق الميراث أو من طريق الاتفاق ، هم أول من تحقق الاشتراك بينهم ، وأراد القانون حماية أسرارهم ، أما من حلوا محلهم فلا امتياز لهم عن الأجنبى .

« وحيث انه متى تقرر ما تقدم وكانت الحكمة من وضع نص المادة ٤٦٢ المذكورة منع الأجنبى من التداخل فى الأسرات والشركات والتنقيب على أسرارها تكون النتيجة أنه اذا كان المبيع حصة شائعة فى عين معينة من التركة أو الشركة يسهل تسليمها الى المشترى دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو

الشركة ، ومن غير أن يشترك فى قسمة جميع ممتلكاتها ، فلا يجوز استرداد هذه الحصة منه استنادا على الحق المخول فى المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، بل من طريق أحكام الشفعة فقط اذا كانت شروطها متوفرة ، وبالعكس اذا استدعى تسليم تلك الحصة شيئا مما تقدم ، يحق لأحد الورثة أو أحد الشركاء الأصليين استرداد الحصة المبيعة من أحدهم للغير ، ولو أنها شائعة فى عين معينة محدودة ، الا اذا كان طالب الاسترداد يتنازل عن حقه صراحة أو ضمنا ، باجرائه عملا يؤخذ منه التنازل أو الرضا بالبيع » .

٥٠٧ — **سير الأحكام على ما قررته الدوائر المجتمعة** — حكمت محكمة الاستئناف بأنه اذا باع أحد الورثة حصة شائعة فى أطيان ورثها من مورثه كان للوارث الآخر الشريك معه على الشيوع أن يطلب أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، دون المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، لأنه ممكن تسليمه العين المبيعة بدون أن يدخل فى أسرار العائلة ، وذلك عملا بما قضت به محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة بتاريخ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ [١] .

وحكمت بأن للشريك على الشيوع فى مدفن حق استرداد الحصة المبيعة عملا بحكم المادة ٤٦٢ من القانون المدنى ، لأن المدفن من المسائل العائلية المحضة ، ويحوى أسرار العائلة ، فلا يصح لأجنبى الاطلاع على هذه الأسرار ، وفى وجوده مضار أدبية ومادية ، اذ يمكنه مضايقة العائلة فى دفن موتاها ، فللوارث حق استرداد الحصة الشائعة التى يبيعها الوارث الآخر لأجنبى [٢] .

وحكم بأن من مميزات بيع الاستحقاق فى التركة أنه اذا حصل لأجنبى

---

(١) استئناف مصر ١٥ يناير ١٩٢٥ (دائرة صالح حق باشا وعلى حسين بك ومستر راقرتى) المحاماة ٦ رقم ٢٢ ص ٢٥ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٢ مجموعة ناصر ٦٤٦٠ .

(٢) استئناف مصر الأهلية ٢١ ديسمبر ١٩٢٥ (دائرة أحمد طلعت باشا ومصطفى حلمى بك وحسين نبيه المصرى بك) المحاماة ٦ رقم ١٨٦ ص ٢٣٢ الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ١١١٣ مجموعة ناصر ٦٤٦٤ .

يكون لباقى الورثة الحق فى استرداد الحصة المبيعة من أحدهم قبل القسمة مقابل دفعهم للمشترى ثمنها والمصاريف وفقا للمادة ٤٦٢ مدنى . والغرض من هذا الاسترداد منع الأجنبي من الدخول فى قسمة التركة . فاذا أمكن تسليم الشىء المبيع للمشترى بدون حاجة الى القسمة لم يكن هناك محل للاسترداد [١] .

٥٠٨ — *نقد حكم الدوائر المجتمعة* — تقرر الدوائر المجتمعة أنه اذا كان يسهل تسليم المبيع الى المشترى دون أن يطلع على أوراق وأحوال التركة أو الشركة ، ومن غير أن يشترك فى قسمة جميع ممتلكاتها ، لا يجوز حق الاسترداد ، أما اذا استدعى تسليم المبيع شيئا من ذلك جاز حق الاسترداد. ومعنى هذا أن على الشريك أن يثبت أن هناك ضررا من تدخل الأجنبى ، وقد سبق أن ذكرنا أن الضرر مفروض حصوله بتوافر شروط الاسترداد [٢] ، كما هو الحال فى الشفعة ، فقد قلنا فيها انه اذا توافرت فى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة لا يجوز دفع دعواه بأن الضرر الذى شرعت الشفعة من أجله ليس متحققا ، لأن الشارع أطلق الحكم ، ولم يقصر حق طلب الشفعة على من توافرت فى حاله حكمة ذلك الحق [٣] ، فكذلك الحال بالنسبة لحق الاسترداد . والا لو أجيز اثبات توافر الحكمة التى تقرر من أجلها لاضطر المتداعون للتعرض لأسرار الشيوع ، وقد تؤدى اجازة الاثبات الى اضطراب الأحكام ، وبالتالى عدم الاطمئنان على الحقوق ، اذ تختلف مقاييسها بالنسبة لتقدير وجود الضرر المحتمل من تدخل المشترى الأجنبى ، وجسامة ذلك الضرر [٤] .

---

(١) استئناف ١٩ فبراير ١٩٣٠ (دائرة مصطفى محمد بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد بك) المحاماة ١٠ رقم ٤٢٩ ص ٨٥١ مجموعة ناصر ٦٤٦١ .

راجع أيضا استئناف ١٧ ديسمبر ١٩٣٠ (دائرة مراد وهبة بك ومحمود على سرور بك وسليمان السيد سليمان بك) المحاماة ١١ رقم ٣١٧ ص ٦٣٨ مجموعة ناصر ٦٤٦٢ .

(٢) نبذة ٤٦٢ .

(٣) نبذة ٨ .

(٤) ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٥٥٦ ، وهو لا يوافق كذلك على حكم الدوائر المجتمعة .

الشفعة فى السودان

٥٠٩ — للشفعة قانون خاص ، مستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، هو القانون رقم ١١ الصادر فى ٥ يوليه سـنة ١٩٢٨ ، وقد ألغى قانون الشفعة الصادر قبله فى سنة ١٩١٨ والمعدل فى سنة ١٩٢٢ .

٥١٠ — ***الأحوال التى تجوز فيها الشفعة*** — خول قانون سنة ١٩٢٨ حق الشفعة :

(ا) الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة فى العقار ، لأى شخص هو غير شريك على الشيوع فى ذلك العقار .

(ب) المالك المجـاور لأرض مقرر لها حق ارتفـاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البنـاء عليها ، بشرط بأن تقتنع المحكمة بأن الفائدة الناشـئة من حق الارتفاق المذكور أو التكليف المترتب عليه ذو قيمة كافية تبرر استعمال المالك المجاور حق الشفعة .

(ج) المالك المجاور عند بيع أرض مروية irrigated land متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاها داخلة فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحـــدات الرى غير الساقيـة or other unit of irrigation (المادة ٥) .

ونص فى القانون على حق يشبه الشفعة فى الرهون الحيازية ، اذ قرر أنه فى الأحوال التى ترهن فيها أرض زراعية ، ويضع المرتهن يده على الأرض المرهونة ، وفقا لنصوص عقد الرهن ، كل شخص له حق الشفعة اذا بيعت الأرض المذكورة يكون له حق فك الرهن ونقله لنفسه (المادة ٦) .

٥١١ — ***الأحوال التى لا تجوز فيها الشفعة*** — لا تجوز الشفعة فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا بيع العقار بالمزاد العلنى بطلب سلطة ادارية أو بأمر المحكمة .

(ب) اذا اشترت الحكومة العقار أو نزعت ملكيته .

(ج) اذا حصل بيع العقار بين الأصول والفروع ، أو بين الزوج والزوجة ، أو بين الأقارب للدرجة الرابعة .

(د) اذا حصل البيع بين الشركاء على الشيوع الذين يملكون عقارا بحصص شائعة ، أو بين مالكين مجاورين لأرض داخلة فى نفس الساقية أو فى نفس وحدة أخرى من وحدات الرى أو التسجيل غير الساقية or other unit of irrigation or registration .

(ه) اذا كان المراد استعمال العقار المبيع للعبادة الدينية أو الحاقه بعقار آخر امتلك قبل ذلك للعبادة الدينية .

(و) اذا كان المراد استعمال الحق لمنفعة وقف .

(ز) اذا أريد استعمال الحق لأجل نقل عقار بكيفية أخرى غير البيع ، (المادة ٧) .

٥١٢ — تزاحم الشفعاء — يكون الشريك بحصة شائعة مقدما على المالك المجاور .

واذا ثبت حق الشفعة لأكثر من شريك واحد من الشركاء فى حصص شائعة فى العقار فكل شريك على الشيوع يطلب حق الشفعة يحق له أن يأخذ بالشفعة من العقار المشفوع نفس النسبة التى بين حصته الشائعة والحصة الشائعة أو الحصص الشائعة التى للذين يطالبون بحق الشفعة معه .

واذا تعدد من يستحق الشفعة معه من المالكين المجاورين ، وطلب كل منهم الأخذ بالشفعة ، يقسم العقار المشفوع بينهم على حسب التراضى بينهم ، والا فبحسب ما تحكم به المحكمة عند نظرها فى دعوى الشفعة . (المادة ٨) .

٥١٣ — عدم تجزئة الشفعة — اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا

بينهم فلا تصح الشفعة الا فيـه بتمامه . أما اذا عينت فى عقـد البيع حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق فى طلب أخـذه بتمامه أو أخـذ حصة واحدة أو أكثر (المادة ٩) .

٥١٤ — **اجراءات الشفعة** — يجب على طالب الشفعة أن يقوم بما يأتى:

(ا) أن يرسل اعلانا بطلبه الى البائع والمشترى .

(ب) أن يرفع ، فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ ذلك الاعـلان ، دعوى الشـفعة ، على البـائع والمشـترى ، فى المحـكمة الواقـع فى دائرة اختصاصها العقار .

واذا كان الطلب يتعلق بأرض مسجلة يجب أن يؤشر بالطلب فى السجل [1] (المادة ١١) .

وتسمع دعوى الشفعة بصفة مستعجلة (المادة ١٢) .

وميعاد الاسـتئناف فى دعوى الشـفعة ١٥ يوما من تاريخ الحـكم ، وذلك مع مراعاة قواعـد الاستئناف فى الدعاوى المدنية فى سـائر الأمور (المادة ١٤) .

ومصاريف دعوى الشفعة على الشفيع ، ولـكن اذا حصل من قبل البائع أو المشترى سوء قصد فللمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم بالمصاريف على من شاءت منهم .

ومصاريف الاستئناف تقع على حسب ما تراه المحكمة (المادة ١٢) .

واذا بيع ثانيـة جميع العقار المشفوع أو جزء منه يصبح اذ ذاك المشترى الجديد مدعى عليه فى دعوى الشفعة بدلا من المشترى الأصلى ، أو يصبح مدعى عليه مع المشترى الجديد بقدر مصلحته ، وتكون الدعوى بمقدار ما تتناول المشترى

(١) يراد بالأرض المسجلة registered land الواردة بقانون الشفعة الأرض المسجلة بموجب قانون تسوية الأراضى وتسجيلها سنة ١٩١٥ أو بموجب أى تعديل لذلك القانون أو أى قانون آخر أعيد به سن هذا القانون يكون نافذا اذ ذاك (المادة ٤) .

الجديد بحسب شروط عقد شرائه .

ويشترط بالنسبة للأرض المسجلة أن يكون قد سجل البيع الثانى قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة فى السجل . ويشترط فى أية حالة أخرى أن يكون البيع قد حصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة الى البائع أو المشترى (المادة ١٢) .

٥١٥ — **سقوط الشفعة** — يسقط حق الشفيع فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا تنازل عنه كتابة أو شفاها أو استدل على التنازل من تصرفه (المادة ١٦) .

(ب) اذا لم يظهر رغبته فى طلب الشفعة فى مدة خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه ابداء رغبته فى الشفعة (المادة ١٦) . ويحصل التكليف المذكور كالآتى : متى جرى اتفاق لبيع أرض مسجلة ، وقدم طلب لمكتب تسجيل الأراضى لتسجيل بيع كهذا ، يحق لأى طرفى الاتفاق أن يبلغ اعلانا عن ذلك الاتفاق وطلب التسجيل لأى شخص له الحق أو يظن أن له الحق بطلب الشفعة ان تم ذلك البيع ، يكلفه فيه بأن يصرح كتابة فى ظرف خمسة عشر يوما من تبليغ الاعلان عما اذا كان ينوى طلب الشفعة اذا تم البيع وينذره أنه ان لم يصرح كذلك سقط حقه بالشفعة (المادة ١٥) .

(ج) اذا لم يتخذ الاجراءات المبينة لطلب الشفعة فى مدة خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع (المادة ١٦) .

(د) بمرور ستة أشهر من تاريخ تسجيل البيع ان كانت الأرض مسجلة ، ومن تاريخ وضع المشترى يده على الأرض فى أية حالة أخرى ، وسواء كان الشفيع عالما بالبيع أو غير عالم ، وغير أهل للتصرف أو أهلا له (المادة ١٧) .

٥١٦ — **سلطة مد المواعيد المقررة** — اذا رأت المحكمة بسبب غيبة أحد الخصوم أو بسبب آخر أنه من العدل أن تمد المواعيد أو يؤجل تاريخ ابتداء سريان المواعيد المقررة للقيام باجراء أى عمل أو اتخاذ اجراء جاز لها أن تمد الميعاد

أو تؤجل تاريخ ابتدائه بموجب أمر (المادة ١٩) .

٥١٧ — ما يترتب على الشفعة — يحل الشفيع بالنسبة الى البائع محل المشترى فى جميع ما للمشترى من الحقوق وعليه من الواجبات . ولكن اذا كان المشترى حصل على تأجيل الثمن فلا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل الا اذا رضى البائع بذلك بالكتابة (المادة ٩) .

واذا كانت الأرض مسجلة ، وصدر حكم فى دعوى الشفعة ، يكون لهذا الحكم الأولوية على جميع التصرفات التى أجراها المشترى ولم تسجل قبل تاريخ قيد اعلان الشفعة فى السجل . وفى سائر الأحوال يكون للحكم فى دعوى الشفعة الأولوية على جميع التصرفات التى لا تحصل قبل تاريخ تبليغ اعلان الشفعة (المادة ١٣) .

الشفعة فى البلاد الاخرى

٥١٨ — الشفعة ، وان كانت مستمدة من الشريعة الاسلامية ، ليست خاصة بهذه الشريعة ، فقد كانت معروفة فى الشرائع التى سبقتها ، كالشريعة الموسوية والقانون الرومانى [١] . وكانت موجودة عند العرب قبل الاسلام [٢] . وهى موجودة اليوم فى القانون الاسبانى [٣] ، والقانون الألمانى [٤] . وجاء القانون الفرنسى كما رأينا بحق الاسترداد الوراثى الذى هو نوع من الشفعة [٥] .

وسنتكلم أولا فى الشفعة فى البلاد الاسلامية ، ثم نذكر نظامها فى البلاد الأخرى التى نصت عليها .

فى البلاد الاسلامية

تونس

٥١٩ — أصبح النظام العقارى فى تونس مزدوجا بعد صدور قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ ، المكمل بقانون ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ ، وقد أدخل هذان القانونان فى تونس نظام السجلات العقارية livres fonciers ، فأجيز للملاك قيد عقاراتهم فى سجلات خاصة ، وجعل القيد اختياريا ، ونشأ عن ذلك وجود نوعين من العقارات : العقارات غير المسجلة immeubles non immatriculés ، والعقارات المسجلة immeubles immatriculés .

---

(١) راجع : L. 3 De jus. emphyt., IV, 66.
Accarias, Précis de droit romain, T. I, p. 728, note I.

(٢) راجع لسان العرب لفظ شفعة ، والمغرب كذلك .

(٣) المادة ١٥٢٣ من القانون المدنى الاسبانى — وما سيجىء نبذة ٥٢٣ .

(٤) المادة ٥٠٤ وما بعدها ، والمادة ١٠٩٤ وما بعدها من القانون المدنى الألمانى — وما سيجىء نبذة ٥٢٤ .

(٥) المادة ٨٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

أما بالنسبة للعقارات غير المسجلة فتنطبق عليها أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالشفعة ، وقد عدلتها بعض التعديل العادات المحلية .

وأما العقارات المسجلة فتسرى عليها أحكام الشفعة الواردة بالمادة ٧٧ وما بعدها من قانون أول يوليه سنة ١٨٨٥ . وهذه المواد تعطى حق الشفعة الأشخاص الآتين :

(١) كل مالك على الشيوع فى نفس العقار .

(٢) كل وارث cohéritier بالنسبة لعقارات التركة .

(٣) كل شريك فى الملك المقسوم فى منزل للسكنى .

(٤) المحتكر superficiaire لامتلاك الأرض .

(٥) مالك الأرض لامتلاك الحكر superficie .

وفى حالة التزاحم يرتب الشفعاء كنص المادة ٧٨ كالآتى :

(١) مالك الأرض ازاء المحتكر ، والعكس .

(٢) الورثة .

(٣) الشركاء فى الملك المقسوم divis والشائع .

غير أنه بالنسبة للأخيرين يقدم من كانت له حصة فى العقار أكثر من غيره على صاحب الحصة الأقل . وعند التساوى يعين بالاقتراع من يستفيد من الشفعة . وفى حالة النزاع يعين خبير بناء على أمر رئيس المحكمة . ويكون الاقتراع أمام الكاتب الذى يحرر محضرا .

فيرى مما تقدم أن قانون سنة ١٨٨٥ تختلف أحكامه عن الشريعة الاسلامية .

مراكش

٥٢٠ — يفرق فى مراكش بين نوعين من الأراضى : الأراضى المسجلة immeubles immatriculés ، والأراضى غير المسجلة [١] . وقد صدر فى ٢ يونيه

---

(١) يخول التسجيل immatriculation انشاء سند للملكية مقيد فى السجل العقارى . ويترتب عليه تطهير العقار والغاء كل الحقوق السابقة التى لا تذكر . راجع Dahir du 12 Août 1913 sur l'immatriculation des immeubles

سنة ١٩١٥ تشريع خاص بالأراضى التى من النوع الأول Dahir du 2 Juin 1915 ، وذكرت فى المواد ٢٥ — ٣٤ منه الأحكام الخاصة بالشفعة ، وهى كالآتى :

الشفعة هى الحق المقرر لكل شريك على المشاع فى ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية للحصول على الحصة المبيعة للغير بحلوله محل المشترى مقابل دفع مقدار ثمن المبيع والتحسينات ومصاريف العقد (المادة ٢٥) .

واذا وقع هذا الحق على عقار واحد فان كل الشركاء فى الملك يستعملونه معا كل بنسبة ما يملكه . وفى حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقون الشفعة بنسبة حصصهم (المادة ٢٦) . وكذلك الحكم بالنسبة لاستعمال الشفعة بين الشركاء فى نفس الحق العينى العقارى (المادة ٢٧) .

واذا كان الشريك فى الملك هو المشترى فانه يشترك فى استعمال حق الشفعة بنفس الصفة التى يطالب بها باقى الشركاء فى الملك ، ويكون اشتراكه فى الشفعة بنسبة حصته قبل الشراء (المادة ٢٩) .

وحقوق الأولوية فى استعمال الاسترداد تظل بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية (المادة ٣٠) .

وللمشترى بعد قيد شرائه inscription de son acquisition أن يعلنه الى كل من لهم حق فى الشفعة ، ويسقط حق هؤلاء اذا لم يستعملوه فى خلال ثلاثة أيام من وقت الاعلان ، ويزاد على ذلك مواعيد المسافة (المادة ٣١) .

وفى حالة عدم قيام المشترى بعمل الاعلان المذكور ينقضى حق الشفعة بمرور شهرين من تاريخ العقد اذا حصل بحضور الشركاء فى الملك ، وفى كل الأحوال ينقضى بمرور سنة ابتداء من قيد البيع اذا لم يشهد الشركاء فى الملك البيع (المادة ٣٢) .

وليس للشركاء فى الملك أن يتنازلوا عن استعمال الشفعة قبل قيد الشراء فى السجل العقارى والا كان التنازل باطلا (المادة ٣٣) .

ويجب استعمال الشفعة بالنسبة لكل الحصص الشائعة المبيعة ، لا بالنسبة لجزء منها (المادة ٣٤) .

الجزائر (١)

٥٢١ — أجاز قانون ١٦ يونيه سنة ١٨٥١ للمحاكم أن تأذن ، أو ترفض ، بحسب طبيعة العقار وظروف الأحوال ، استعمال الشفعة ضد الأوروبيين .

وحول قانون ٢٦ يوليه سنة ١٨٧٣ حق الشفعة الى حق استرداد وراثى لا يمكن أن يتمسك به ضد المشترين الا الأقارب الذين يرثون بمقتضى الشريعة الاسلامية ، وبالشروط التى تقررها المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية الفرنسية . وقصر تطبيق هذا القانون على التل Tell وعلى الأراضى المسماة الأراضى المفرنسة terres francisées . أما بالنسبة لغيرها من الأراضى فبقيت الشريعة الاسلامية مطبقة فى حالة البيع بين المسلمين .

وقد خلق قانون سنة ١٨٧٣ صعوبات جمة ، ولذلك أوجد قانون ١٦ فبراير سنة ١٨٩٧ نوعا جديدا من الشفعة يطبق فى حالات معينة . فالمادة ١٧ تقرر أنه اذا طلب شريك فى الملك أو وصى أو قيم أو دائن أحد الشركاء فى الملك قسمة عقار زراعى ، يملك نصفه على الأقل وطنيون مسلمون ، قسمة عينية أو بطريق التصفية ، كان للمحكمة ، اذا أمكن ذلك ، أن تخص المدعى بجزء من العقار يعادل حقوقه ، واذا كان العقار لا تسهل قسمته لا تطبق المادة ٨٢٧ من القانون المدنى ، وفى هذه الحالة تحصل القسمة بين الأسرات ، ويكون للشريك فى الملك أو للشركاء فى الملك فى الحصة المخصصة للأسرة التى ينتمى اليها المدعى الخيار بين قبول التصفية وبين أن يدفع اليه مبلغ من النقود يعادل قيمة حقوقه فى العقار. وعند عدم الاتفاق الودى بين الشركاء فى الملك فى الحصة التى وقعت فى نصيب الأسرة يحتكم الى المحكمة ، التى تعين مقدار ما يدفع من النقود ، ويصدر حكمها بالزام المدعى عليهم متضامنين بدفع المقدار المذكور مع الفوائد والمصاريف .

وتطبق المادة ١٧ على الأراضى المفرنسة ، وكذلك على غيرها من الأراضى ، اذا كانت دعوى القسمة أو التصفية قد رفعها دائن أوروبى أو شريك فى الملك

(١) راجع : Pouyanne (M.) — La propriété foncière en Algérie, 1900.

أوروبى . ولا تنطبق اذا رفع الدعوى مسلم على غيره من المسلمين[١] .

ومما تقدم يرى أنه فى الجزائر يفرق بين الأراضى المفرنسة وغيرها من الأراضى . وبالنسبة للأراضى الأولى يجوز للأوروبيين ، كما يجوز للوطنيين ، استعمال حق الاسترداد الوراثى وفقا لأحكام المادة ٨٤١ من المجموعة المدنية الفرنسية ، على أن يكون تعيين الورثة بين المسلمين بحسب أحكام الشريعة الاسلامية .

وللوطنيين فقط استعمال نوع الشفعة الجديد الذى نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .

أما بالنسبة للأراضى غير المفرنسة فيجوز للوطنيين أن يستعملوا فيما بينهم حق الشفعة وفقا للشريعة الاسلامية ، ولا يجوز لهم أن يستعملوا ضد الأوروبيين الا نوع الشفعة الجديد الذى نظمه قانون سنة ١٨٩٧ .

الهند الانجليزية [٢]

٥٢٢ — يوجد حق الشفعة فى الهنـد الانجليزية بين المسلمين ، وتحكمه قواعد الشريعة الاسلامية . وفى بعض المقاطعات présidencies ، كمدراس ، لا يعمل بالشفعة ، حتى بين المسلمين ، الا اذا أقرتها العادات المحلية . وفى بعضها ، كما فى بنجاب Punjab ، صدر تشريع خاص بالشفعة يسرى على المسلمين وغير المسلمين[٣] .

فى البلاد غير الاسلامية

اسبانيا

٥٢٣ — ذكر القانون المدنى الاسبانى ، الصادر فى ٢٤ يوليه سنة ١٨٨٩ ، نوعين من حقوق الاسترداد القانونية ، الأول لمصلحة الشركاء فى الملك (المادة ١٥٢٢) ، والثانى لمصلحة الجيران (المادة ١٥٢٣) ، وهـذا النوع الثانى هو

---

(١) Pouyanne ص ٥٧٦ .

(٢) راجع : Wilson (Sir Roland K.) - Anglo-Mohammadam Law, 6th edition, 1930, Chap. XII. § 350 - 391 A, p. 387 - 417.

(٣) راجع : Punjab Pre-emption Act. (I of 1913)

الذى يقابل حق الشفعة ، ويكون لمصلحة ملاك الأراضى المجاورة فى حالة بيع عقار زراعى fonds rural لا تزيد مساحته على هكتار . وفى حالة التزاحم بين عدة جيران يقدم مالك العقار الذى تكون مساحته أقل ، واذا تساوت مساحة العقارات يقدم من طلب الاسترداد أولا[1] . وهاك النصوص الخاصة بذلك :

المادة ١٥٢١ من القانون المدنى :

« حق الاسترداد القانونى هو الحق فى الحلول محل من انتقل اليه شىء بالشراء ، أو بواسطة الوفاء بتقديم شىء ، مع خضوعه لكل الشروط الواردة فى العقد » .

« Le retrait légal est le droit de se substituer à celui qui acquiert une chose par achat, ou dation en paiement, en se soumettant à toutes les conditions stipulées dans le contrat ».

المادة ١٥٢٢ :

«يجوز لمالك الشىء المشترك أن يستعمل حق الاسترداد فى الحالة التى ينقل فيها جميع الشركاء فى الملك أو أحدهم شيئا لمصلحة أجنبى .

فاذا أراد اثنان أو أكثر من الشركاء فى الملك استعمال حق الاسترداد ليس لهم ذلك الا بنسبة حصصهم فى الشىء المشترك » .

« Le propriétaire d'une chose commune pourra user du droit de retrait, dans le cas d'aliénation au profit d'un étranger, de la part de tous les autres copropriétaires ou de l'un d'eux.

Lorsque deux ou plusieurs copropriétaires voudront user du droit de retrait, ils ne pourront le faire qu'au prorata de leur part dans la chose commune ».

المادة ١٥٢٣ :

« كذلك لمالك العقارات المتجاورة الحق فى استردادها اذا كان البيع خاصا بعقار زراعى لاتزيد

« De même les propriétaires de fonds limitrophes auront le droit de les retrayer, lorsqu'il s'agira de la vente d'un fonds rural dont la con-

(١) المواد ١٥٢٤ و ١٥٢٥ و ١٥١١ و ١٥١٨ من القانون الاسبانى المذكورة فيما يلى .

مساحته على هكتار واحد .

ولا ينطبق الحق المذكور فى الفقرة السابقة على الأراضى المجاورة التى تفصلها جداول أو خنادق أو مناقع أو طرق أو غيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة لمصلحة عقارات أخرى .

واذا استعمل حق الاسترداد فى نفس الوقت جاران أو أكثر يفضل الجار الذى يكون مالكا للعقار الأقل مساحة ، واذا تساوت العقارات يفضل الجار الذى طالب بالاسترداد أولا » .

tenance n'excède pas un hectare.

Le droit dont parle le paragraphe précédent n'est pas applicable aux terres voisines, mais séparées par des ruisseaux, fossés, fondrières, chemins et autres servitudes apparentes au profit d'autres fonds.

Si deux ou plusieurs voisins usent en même temps du droit de retrait, on préférera celui qui est propriétaire du fonds de moindre contenance, et si les fonds sont égaux, celui qui a le premier demandé le retrait ».

المادة ١٥٢٤ :

«لايجوز استعمال حق الاسترداد الا فى خلال تسعة أيام من تاريخ القيد فى السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذى علم فيه المسترد بالبيع .

وحق استرداد الأموال المشتركة يمنع من حق استرداد الجوار » .

« On ne pourra exercer le droit de retrait que dans les neuf jours à dater de l'inscription sur le registre, et à défaut d'inscription, du moment où le retrayant a eu connaissance de la vente.

Le retrait de communauté exclut le retrait de voisinage ».

المادة ١٥٢٥ :

« تطبق فى حق الاسترداد القانونى نصوص المادتين ١٥١١ ، ١٥١٨ »[١] .

« Dans le retrait légal, il y a lieu d'appliquer les dispositions des articles 1511 et 1518 ».

ألمانيا

٥٢٤ — جاء القانون الألمانى بنصوص خاصة بحق الشفعة ، فى المواد

(١) المادتان ١٥١١ و ١٥١٨ واردتان فى موضوع « حق الاسترداد الاتفاقى » —

٥٠٤ — ٥١٤ ، والمواد ١٠٩٤ — ١١٠٤ من مجموعته المدنية . ولكن حق الشفعة المذكور فى هذه المواد ليس حقا قانونيا ، لأن مصدره اما الاتفاق واما التصرف المضاف الى ما بعد الموت disposition de dernière volonté (المادة ١٩٣٩) ، ويكون فى الغالب لمصلحة البائع فى حالة بيع المشترى ما اشتراه . وعلى ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الوارد فى القانون المصرى ، والذى ينظمه القانون لمصلحة أشخاص معينين . على أن حق الشفعة فى القانون الألمانى قد يكون قانونيا أيضا ، كما هو الحال بالنسبة لحق الاسترداد الوراثى الذى تقرره المواد ٢٠٣٤ — ٢٠٣٦ لمصلحة الورثة ، ولكن هذا الحق يختلف عن حق الشفعة ، وهو خاص بمجموع الحصة الموروثة ، ولا يقرر حقا مباشرا على كل الأشياء التى تكونها . وتوجد حالات عديدة للشفعة القانونية فى التشريعات الخاصة بالولايات Etats ، مثلا فيما يتعلق بالمناجم mines ، و بنزع الملكية expropriation .

ومصدر الشفعة فى القانون الألمانى القانون اليونانى الرومانى والقانون الجرمانى .

٥٢٥ — **نصوص القانون الألمانى**[١] — نظم القانون الألمانى حق

= أو بيع الوفاء réméré ، ونصهما :

المادة ١٥١١ :

يحل المشترى فى جميع حقوق البائع ودعاويه » .

"L'acheteur est substitué à tous les droits et actions du vendeur".

المادة ١٥١٨ :

« لا يسوغ للبائع استعمال حق الاسترداد اذا لم يدفع للمشترى ثمن المبيع ، وعلاوة على ذلك :

١ — مصروفات العقد وكل مصروف مشروع آخر ترتب على البيع .

٢ — المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقت على الشىء المبيع » .

"Le vendeur ne pourra faire usage de son droit de retrait sans rembourser à l'acheteur le prix de la vente et en outre :

1o. Les frais de contrat et toute autre dépense légitime occasionnée par la vente;

2o. Les dépenses nécessaires et utiles faites sur la chose vendue".

(١) راجع : Code Civil Allemand, promulgué le 18 Août 1896, entré en vigueur le 1er Janvier 1900, traduit et annoté par C. Bufnoir et autres, t. II, 1906.

الشفعة فى موضعين مختلفين : فى المواد ٥٠٤ — ٥١٤ التى بينت علاقات الالتزام التى قررها بين الشفيع والمالك الحالى ، والمواد ١٠٩٤ — ١١٠٤ التى تعطى حق الشفعة بشروط معينة صفة الحق العينى الذى يحتج به على الغير أياً كان . وتقرير حق الشفعة العينى يكون وفقا لنصوص المواد ٨٧٣ وما بعدها ، حتى لو كان ناشئا عن وصية .

وهذه هى نصوص المواد المتقدم ذكرها :

المادة ٥٠٤ :

« لكل من له حق شفعة متعلق بشىء أن يستعمل حق الشفعة متى أبرم الملزم بهذا الحق عقد بيع على الشىء » .

« Quiconque a droit à la préemption relativement à un objet peut exercer le droit de préemption dès que l'obligé a conclu avec un tiers un contrat de vente sur l'objet ».

ويجب أن يكون العقد الذى أبرم مع الغير عقد بيع . فاذا لم يكن العقد بيعا ، بأن كان عقد مقايضة أو هبة ، فانه لا يخول استعمال حق الشفعة .

وتجوز الشفعة ولو أن المبيع جزءا فقط من الشىء .

المادة ٥٠٥ :

« استعمال حق الشفعة يحصل باعلان الملزم بهذا الحق . ولا يخضع الاعلان للاجرآت المقررة لعقد البيع .

ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والملزم بالشفعة وفقا للشروط المتفق عليها بين الملزم بالشفعة والغير » .

« L'exercice du droit de préemption s'effectue par voie de déclaration à l'obligé. La déclaration n'est pas soumise aux formes établies pour le contrat de vente.

Avec l'exercice du droit de préemption, la vente entre l'ayant droit et l'obligé se trouve réalisé conformément aux dispositions convenues entre l'obligé et le tiers ».

واعلان الشفيع لا يترتب عليه فى القانون الألمانى حلول الشفيع محل المشترى فى العقد الذى أبرم معه ، وانما بحصول الاعلان ينعقد عقد بيع جديد مستقل بين

الشفيع والمشفوع ضده ، ولكن هـذا البيع الجديد ينعقد بالشروط التى أبرم بها البيع الذى كان معقودا مع الغير .

المادة ٥٠٦ :

« لا يسرى على الشفيع الاتفاق المبرم بين الملزم بحق الشفعة والغير الذى يتضمن تعليق البيع على عدم استعمال حق الشفعة ، أو الذى بمقتضاه يحتفظ بحق الفسخ للملزم بالشفعة فيما اذا استعمل حق الشفعة » .

« La convention passée entre l'obligé et le tiers, aux termes de laquelle la vente serait subordonnée au non-exercice du droit de préemption ou par laquelle le droit de résiliation serait réservé à l'obligé en cas d'exercice du droit de préemption, est inefficace à l'égard de l'ayant droit à la préemption ».

تضمنت المادة ٥٠٦ استثناء للقاعدة المذكورة فى المادة ٥٠٥ التى بمقتضاها ينعقد البيع الجديد بشروط البيع المبرم مع الغير . فاذا كان البيع المعقود مع الغير معلقا على شرط فاسخ ، أو كان البائع قد احتفظ بحق الفسخ ، فان هذه الشروط كان يجب أن تسرى على البيع الثانى الناتج عن الشفعة ، ولكن المادة ٥٠٦ جاءت باستثناء بالنسبة للحالة التى يكون فيها الشرط الفاسخ المتفق عليه مع الغير هو عدم استعمال الشفعة ، أو التى ينص فيها على الاحتفاظ بحق الفسخ بسبب هـذا الاحتمال ، فمثل هذه الشروط تعتبر بالنسبة للغير ، ولكن لا يحتج بها على المشترى الجديد ، أى الشفيع .

المادة ٥٠٧ :

«اذا التزم الغير فى العقد بأداء تعهد تابع لا يستطيع الشفيع القيام به كان على الشفيع أن يؤدى ، بدلا من التعهد التابع ، قيمته . واذا لم يكن التعهد التابع قابلا للتقدير نقدا لا يجوز استعمال حق

« Lorsque le tiers dans le contrat s'est obligé à une prestation accessoire que l'ayant droit à la préemption est hors d'état d'effectuer, celui-ci, à la place de la prestation accessoire, doit en acquitter la valeur. Lorsque la prestation accessoire n'est pas susceptible d'évaluation en argent, l'exercice du droit de préemption est exclu; toutefois la

الشفعة ، ومع ذلك لا يعتد بالتعهد التابع لو أن العقد مع الغير كان ممكنا ابرامه بدون ذلك التعهد » .

convention relative à la prestation accessoire n'est pas prise en considération, quand le contrat avec le tiers aurait été conclu même sans elle ».

تتضمن المادة ٥٠٧ استثناء آخر لحكم المادة ٥٠٥ . وكان هناك اقتراح قبل أن تصبح المادة نهائية يقضى بأن الشفيع لا يكون له أن يدفع قيمة التعهد التابع نقدا الا اذا ثبت أن الملزم بحق الشفعة كان يعقد البيع مع الغير بمثل هذه الشروط ، أى يدفع جميع الثمن نقـدا بدلا من جعل بعضه نقدا وبعضه تعهدا تبعيا عينيا ، ولـكن وجد أن مثل هذا الاثبات قد يجر الى صعوبات عملية لا يمكن قبولها ، وأن مثل النص المقترح يؤدى الى ايجاد طريقة سهلة لمنع حق الشفعة ، فلم يوافق عليه .

واذا كان التعهد التابع لا يمكن تقديره نقدا لا تجوز الشفعة . ولـكن خوفا من الاحتيال على منع الشفعة ، بوضع تعهد تابع لا يمكن تقديره بالنقود بقصد منع الشفعة ، أجيز لذى الشأن أن يثبت أن العقد مع الغير كان يمكن أن يبرم من غير التعهد التابع ، ورؤى أنه يمكن القضاة من غير صعوبة تقدير ما اذا كان الشرط التابع ليس له غرض الا عرقلة حق الشفعة . ولـكن اذا كان الشرط جديا لا تجوز الشفعة . وفى الواقع فان البيع المعقود بهذه الصفة يكون عقـدا من نوع خاص sui generis ، مختلفا عن البيع العـادى ، والشفعة لا تجوز الا فى البيع .

المادة ٥٠٨ :

« اذا اشترى الغير الشيء الذى تعلق به حق الشفعة مع أشياء أخرى مقابل ثمن اجمالى وجب على الشفيع أن يدفع جزءا نسبيا من الثمن الاجمالى . وللملزم بالشفعة أن يشترط أن تتناول الشفعة كل الأشياء التى لا يمكن فصلها دون الاضرار به » .

« Lorsque le tiers a acheté l'objet auquel se réfère le droit de préemption avec d'autres objets moyennant un prix global, l'ayant droit à la préemption doit acquitter une fraction proportionnelle du prix global. L'obligé peut exiger que la préemption s'étende à toutes les choses qui ne pourraient être séparées sans préjudice pour lui ».

المادة ٥٠٩ :

« اذا منح الغير، فى العقد، أجلا للقيام بدفع الثمن ، فليس للشفيع أن يستفيد من هذا الأجل الا اذا قدم كفالة بالنسبة للمقدار الذى أجل الوفاء به .

واذا كان محل الشفعة عقارا فتقديم الكفالة لا يكون لازما فى الحالة التى يتفق فيها على ترتيب رهن تأمينى على العقار لضمان الثمن الذى أجل الوفاء به ، أو اذا اتفق على أن يخصم من ثمن المبيع دين مضمون برهن تأمينى على العقار».

« Lorsque, pour le payement du prix, un délai d'exécution a été accordé au tiers dans le contrat, l'ayant droit à la préemption ne peut se prévaloir de ce délai qu'en effectuant prestation de sûreté pour la somme ainsi soumise à ce délai d'exécution.

Lorsque l'objet de la préemption est un fonds, la prestation de sûreté n'est pas exigible dans la mesure où, pour le prix soumis à un délai d'exécution, il a été consenti à la constitution d'une hypothèque sur le fonds ou lorsque, en acompte sur le prix de vente, il y a eu reprise d'une dette pour laquelle hypothèque existe sur l'immeuble ».

المادة ٥١٠ :

«يجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلم الشفيع من غير تأخير بفحوى العقد المبرم مع الغير. ويكون اعلام الغير مماثلا لاعلام الملزم بالشفعة .

ولا يجوز استعمال حق الشفعة فى العقار الا فى ميعاد شهرين ، وفى غير العقار فى ميعاد أسبوع من وقت تسلم الاعلام . واذا عين ميعاد لاستعمال الحق فانه يسرى بدل الميعاد القانونى » .

« L'obligé doit communiquer sans retard à l'ayant droit à la préemption le contenu du contrat passé avec le tiers. A la communication de l'obligé est assimilée la communication du tiers.

Le droit de préemption relativement à un fonds ne peut être exercé que jusqu'à l'expiration de deux mois et, pour tout autre objet, que jusqu'à l'expiration d'une semaine à partir de la réception de la communication. Lorsqu'un délai a été fixé pour l'exercice du droit, celui-ci court à la place du délai légal ».

ولا يشترط اعلام الشفيع بالنصوص الحرفية للعقد . ولكن يجب أن يكون

الاعلام كاملا من حيث محتويات العقد واسم الغير . واذا لم يعلم الشفيع من غير تأخير يجب تعويضه عن الضرر الذى يلحقه .

ويبـدأ الميعاد من الوقت الذى يتسلم فيه الشفيع اعلان الملزم بحق الشفعة أو اعلان الغير . واذا لم يحصل الاعلان لا يسقط حق الشفعة بمضى زمن معين . فحق الشفعة لا يسقط بمضى المدة ، بل يبقى حتى يسقط بسبب آخر ، كموت الشفيع (المادة ٥١٤) ، أو انقضاء الميعاد المتفق عليه لاستعماله .

المادة ٥١١ :

«عند الشك لايسرى حق الشفعة على البيع الحاصل لوارث شرعى باعتبار ما سيؤول اليه فى تركة مستقبلة» .

« Le droit de préemption, dans le doute, ne s'étend pas à la vente consentie à un héritier légal en considération d'un droit d'hérédité futur ».

المادة ٥١٢ :

«لايستعمل حق الشفعة اذا وقع البيع بطريق التنفيذ الجبرى أو بمعرفة «سنديك[1]» التفليسة » .

« Le droit de préemption est exclu lorsque la vente s'effectue par voie d'exécution forcée ou par le syndic de faillite ».

المادة ٥١٣ :

« اذا كانت الشفعة من حق متعددين معا لايسوغ استعمالها الابالنسبة لكل المال المشفوع فيه . فاذا سقط حق أحد الشفعاء أو اذا لم يستعمل أحدهم حقه كان للباقين استعمال حق الشفعة بالنسبة لكل المال المشفوع فيه » .

« Lorsque le droit de préemption appartient à plusieurs en commun, il ne peut être exercé que pour le tout. Lorsqu'il est perdu pour l'un des ayants droit ou que l'un d'eux n'exerce pas son droit, les autres sont fondés à exercer le droit de préemption pour le tout ».

المادة ٥١٤ :

(١) وكيل الدائنين .

« لا يجوز التنازل للغير عن حق الشفعة ، ولا انتقاله الى ورثة الشفيع ، الا اذا نص على خلاف ذلك . واذا قيد استعمال الحق بميعاد معين فانه عند الشك ينتقل بالميراث » .

« Le droit de préemption n'est pas cessible et n'est pas transmissible aux héritiers de l'ayant droit, à moins qu'il n'en ait été disposé autrement. Lorsque le droit a été restreint dans les limites d'un délai déterminé, dans le doute, il est transmissible par succession ».

ومبنى هذا النص قصد المتعاقدين ، فانه وان كان حق الشفعة معتبر بحسب القانون العام مرتبطا بالشخص ، فانه لا يكون كذلك اذا كان يجب استعماله فى ميعاد معين ، فقصد المتعاقدين يكون جواز استعماله مهما حدث .

المادة ١٠٩٤ :

« يجوز أن يحمل العقار لمصلحة الغير بحق الشفعة ضد المالك .

ويجوز كذلك أن يرتب حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر أيا كان هذا المالك » .

« Un immeuble peut être grevé, au profit d'un tiers, du droit de préemption à l'encontre du propriétaire.

Le droit de préemption peut aussi être établi au profit du propriétaire, quel qu'il soit, d'un autre immeuble ».

المادة ١٠٩٥ :

« الجزء الشائع من العقار لا يجوز تحميله بحق الشفعة الا اذا كون حصة أحد الملاك » .

« Une fraction indivise d'un fonds ne peut être grevée du droit de préemption que lorsqu'elle constitue la part d'un propriétaire ».

وذلك لأن الشيوع فى ذاته مكروه ، وحق الشفعة استثنائى ، فلا يجوز ترتيب حق الشفعة بمعرفة المالك المستقل بالعقار على حصة شائعة من عقاره . وليس للمشتاع أن يرتب حق الشفعة على جزء من حصته الشائعة ، ولكن للمالك أن يرتب حق الشفعة على جزء مفرز من العقار .

المادة ١٠٩٦ :

« يجوز أن يتناول حق الشفعة التوابع المبيعة مع العقار . وعند الشك يجب افتراض تناوله هذه التوابع » .

« Le droit de préemption peut s'étendre aux accessoires vendus avec le fonds. S'il y a doute, on doit présumer qu'il s'étend à ces accessoires ».

المادة ١٠٩٧ :

« لا يوجد حق الشفعة الا فى حالة البيع ممن يكون وقت ترتيب هـذا الحق مالـكا للعقار أو من ورثتـه . ومع ذلك يجوز ترتيبه بالنسبة لعدة حالات أو لـكل حالات البيع » .

« Le droit de préemption n'existe que pour le cas de vente par celui, qui, lors de la constitution de ce droit, était propriétaire de l'immeuble, ou par ses héritiers; néanmoins il peut aussi être établi pour plusieurs cas, ou pour tous les cas de vente ».

فيمكن ايجاد حق شـفعة مستمر جائز اسـتعماله فى أى وقت ، خصوصا فى الحـالة التى تـكون فيها الشفعة لمصلحة مالك أيا كان لعقار مجاور أو لعقار له بعض الروابط الاقتصادية مع العقار المحمل . وهـذا يختلف عن حق الشفعة الالزامى الذى لا يوجد الا فى حالة بيع معينة .

المادة ١٠٩٨ :

« تنظم العلاقات القانونيـة بين الشفيع والملزم بحق الشفعة على حسب المواد ٥٠٤—٥١٤ . ويجوز استعمال حق الشفعة حتى لو بيع العـقار وديا بمعرفة « سنديك[١] » التفليسة .

وبالنسبة للغير يكون لحق الشفعة من الأثر ما للتأشير الذى

« Les rapports juridiques de l'ayant droit et de l'obligé se règlent d'après les articles 504 à 514. Le droit de préemption peut s'exercer, même lorsque l'immeuble est vendu à l'amiable par le syndic de la faillite.

A l'égard des tiers, le droit de préemption a l'effet d'une prénotation garantissant le droit au trans-

(١) وكيل الدائنين .

يكفل الحق عنـد نقل الملـكية fert de propriété qui résulte de
الناتج من استعمال الشفعة » . l'exercice de la préemption ».

والملزمون الذى تتكلم فيهم الفقرة الأولى يجب أن يشملوا من رتب حق الشفعة وورثته ، وكذلك فى الحالة التى يرتب فيها الحق لعدة حالات من البيوع الخلفاء الخاصين لمقرر حق الشفعة الذى ينتج حق الشفعة أثره ضده .

وانه وان كان يمكن مخالفة هذه الأحـكام بالنسبة لحق الشـفعة الالزامى فان هـذا غير ممكن فيما يتعلق بحق الشفعة العينى . فالاتفاق على ما يخالف هـذه النصوص لا يكون صحيحا . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز ترتيب حق شفعة عينى بثمن معين .

و بناء على المـادة ٥١٢ حق الشفعة الالزامى يسقط اذا وقع البيع بالتنفيذ الجبرى أو بمعرفة « سنديك » التفليسة (وكيل الدائنين) . و بالنسبة لحق الشفعة العينى بمقتضى المادة ١٠٩٨ يجب التفريق بين حالتين :

(١) ان كان العقار المحمل بالشفعة قد بيع وديا بواسطة السنديك (وكيل الدائنين) جاز استعمال الحق .

(٢) ان كان قد بيع بالمزاد لا يجوز استعمال حق الشفعة ، فما على الشفيع الا أن يزايد .

و بناء على الفقرة الأخيرة ليس لحق الشفعة أثر لغاية اسـتعمال هذا الحق . فلا يمنع الملزم بالشفعة من ترتيب حقوق عينية أو من البيع . ولـكن اذا استعمل حق الشفعة يجب التفريق بين حالتين : بالنسبة لمشترى العقار ، وبالنسبة للغير . فالملزم بالشفعة الذى باع عقاره اذا سلمه الى الشفيع لا يوجد ارتباط بين المشترى والشفيع . واذا سلمه الى المشترى لا يزول حق هـذا الأخير حتما ipso facto باستعمال الشفعة . فعلى الشفيع أن يقاضى الملزم بالشفعة الذى يجب عليه أن يسلم العقار . أما المشترى وخلفاؤه العامون والخاصون فملزمون بالمادة ٨٨٨ بالرضاء بقيد الشفيع كمالك و بتسليم العقار ، ولـكنهم يستطيعون الدفع بنفس الدفوع التى للملزم بالشفعة .

وبالنسبة للغير الذين اكتسبوا حقا على العقار قبل وقوع حالة البيع المعينة لايكون لاستعمال الشفعة أثر ضدهم . وعلى عكس ذلك تكون الحقوق اللاحقة باطلة.

و يسرى من يوم الاعلام ميعاد الشهرين القانونى أو الميعاد الاتفاق .

المادة ١٠٩٩ :

« اذا اشترى العقار غير فله أن يعلم الشفيع بفحوى عقد البيع بنفس الطريقة التى للملزم بالشفعة ، ويكون لذلك الآثار المبينة فى الفقرة الثانية من المادة ٥١٠ .

ويجب على الملزم بحق الشفعة أن يعلن المالك الجديد بمجرد استعمال حق الشفعة أو سقوطه» .

« Lorsque l'immeuble est acquis par un tiers, celui-ci peut, de la même façon que l'obligé, communiquer à l'ayant droit la teneur du contrat de vente, avec les effets spécifiés à l'art. 510, alinéa 2.

L'obligé doit aviser le nouveau propriétaire, sitôt que le droit de préemption est exercé ou devient caduc ».

المادة ١١٠٠ :

«يجوز للمالك الجديد اذا كان هو المشترى أو وارث المشترى أن يرفض رضاه بقيد الشفيع كمالك وتسليم العقار حتى يدفع اليه ثمن المبيع المتفق عليه بينه و بين الملزم بحق الشفعة ان كان قد سدد. واذا حصل الشفيع على قيده كمالك فللمالك السابق أن يطلب منه مقابل تسليم العقار اداء الثمن المدفوع .

« Le nouveau propriétaire, s'il est l'acheteur ou le successeur de l'acheteur, peut refuser son consentement à l'inscription de l'ayant droit comme propriétaire et la délivrance de l'immeuble, jusqu'à ce que le prix de vente convenu entre lui et l'obligé, s'il a été payé, lui ait été remboursé. Lorsque l'ayant droit obtient son inscription comme propriétaire, le propriétaire antérieur peut exiger de lui, contre délivrance de l'immeuble, le remboursement du prix payé ».

وهذه المادة هى تطبيق لحق الحبس .

المادة ١١٠١ :

« عنـد ما يكون الشفيع ملزما وفقا للمادة السابقة بدفع ثمن البيع الى المشترى أو الى وارثه القانونى فانه يبرأ من الالتزام بدفع الثمن المستحق من أجل الشفعة .

« Lorsque l'ayant droit est tenu, conformément à l'article précédent, de rembourser à l'acheteur ou à son successeur juridique le prix de la vente, s'il est libéré de l'obligation de payer le prix dû pour la préemption ».

فيوجـد نوع من الحلول ويترتب عليـه أن الشفيع الذى يبرأ نحو الملزم بالشفعة يـكون ملزما نحو المشترى .

المادة ١١٠٢ :

« اذا فقد المشترى أو وارثه القانونى ملكية العقار بسبب استعمال حق الشفعة فانه يظل بريئا من الالتزام بدفع الثمن ، وان كان قد سدده فليس له أن يسترده » .

« Lorsque l'acheteur, ou son successeur juridique, perd la propriété de l'immeuble, par suite de l'exercice du droit de préemption, il demeure libéré, s'il n'a pas encore payé son prix, de l'obligation de le payer; s'il a payé son prix, il ne peut le répéter ».

هذه المادة هى أيضا نتيجة للحلول ، اذ يحل الشفيع هنا محل الملزم بالشفعة ، فالمشترى الذى نزع ملـكه يبرأ من واجباته ، ويبرأ الملزم بالشفعة نحوه مما يدفعه الشفيع اليه . ولا يبقى للمالك الذى نزع ملـكه الا دين قبل الشفيع ، وهذا الدين يكون مضمونا بحق الحبس .

ولا ينطبق هـذا النص الا اذا صار المشترى مالـكا . فاذا لم يحصل على الملـكية فان العلاقات القانونية تبقى من جهـة بين الملزم بالشفعة والمشترى منه ، وكذا بين المشترى والمشترى منه ان وجد ، وتنظمها القواعد العامة .

المادة ١١٠٣ :

« حق الشفعة الذى لمالك العقار أيا كان هذا المالك لا يجوز فصله عن ملـكية العقار المذكور .

وحق الشفعـة الذى يكون

« Le droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ne peut pas être séparé de la propriété du dit immeuble.

Le droit de préemption qui ap-

لشخص معين لا يجوز ارتبـاطه بتملـكية عقار » .

partient à une personne déterminée ne peut être lié à la propriété d'un immeuble ».

فى الحالة المذكورة فى المادة يصبح حق الشفعة من لوازم ملـكية العقار الذى رتب لمصلحته الحق . واذا أراد العاقدون فصله عن ملـكية هـذا العقار وجب عليهم فك حق الشفعة وترتيب حق جديد . ولـكن حق الشفعة الجديد لا تكون له مرتبة القديم ، بل مرتبة خاصة به تعينها نصوص المادتين ٨٧٩ و ٨٨٠ .

المادة ١١٠٤ :

« اذا كان الشفيع مجهولا جاز اسقاط حقه فى الشفعة بواسطة الاجرآآت التحريضية اذا توافرت شروط المادة ١١٧٠ الخاصة باسقاط حقوق الدائنين المرتهنين . وحكم الاسـقاط المذكور يترتب عليـه انقضاء حق الشفعة .

« Si l'ayant droit est inconnu, il peut être déclaré forclos de son droit de préemption, au moyen de la procédure provocatoire, lorsqu'on se trouve dans les conditions prévues à l'article 1170 pour la forclusion des créanciers hypothécaires. Le prononcé du jugement de forclusion entraîne l'extinction du droit de préemption.

وهذا النص لا ينطبق على حق الشفعـة الذى لمـالك العقار أيا كان هذا المالك » .

La présente disposition n'est pas applicable au droit de préemption qui appartient au propriétaire, quel qu'il soit, d'un immeuble ».

٥٣٦ — حق الاسترداد الوراثى :

المادة ٢٠٣٤ :

« اذا باع أحد الورثة حصته الى آخر كان لبـاقى الورثة حق شفعة عليه .

« Lorsqu'un des héritiers vend sa part à un tiers, ses cohéritiers ont sur ce dernier un droit de préemption.

وميعاد استعمال هـذا الحق شهران . وحق الشفعـة يجوز وراثته » .

Le délai pour exercer ce droit est de deux mois. Le droit de préemption est héréditaire ».

ولا يجوز استعمال حق الشفعة بمعرفة الورثة منفردين ، بل يجب استعماله منهم جميعا فى نفس الوقت . وقد قرر هذا الحق لمنع العقود الربوية على الخصوص .

المادة ٢٠٣٥ :

« اذا سلمت الحصة المبيعة الى المشترى جاز للورثة أن يستعملوا ضده حق الشفعة الذى تخولهم اياه المادة ٢٠٣ ضد البائع . وينقضى حق الشفعة ضد البائع بتسليم حصته فى التركة .

ويجب على البائع أن يعلم بهذا التسليم باقى الورثة من غير تأخير ».

« Si la part vendue est livrée à l'acheteur, les cohéritiers peuvent exercer contre celui-ci le droit de préemption que l'article 2034 leur donne contre le vendeur. Le droit contre le vendeur s'éteint par la remise qu'il a faite de sa part héréditaire.

Le vendeur est tenu de faire connaître sans retard cette remise à ses cohéritiers ».

والتزام البائع باعلام باقى الورثة لا يمنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٥١٠ . وتقع الشفعة من غير اجراء خاص . ويصير المال للورثة كما لو كانت الحصة الموروثة قد بيعت لهم .

المادة ٢٠٣٦ :

« تسليم الحصة الموروثة الى الورثة يخلى المشترى من مسئوليته فى التزامات التركة .

ومع ذلك فتبقى مسئوليته ما دام مسئولا نحو دائنى التركة بحسب نصوص المواد ١٩٧٨ — ١٩٨٠ . وتطبق نصوص المادتين ١٩٩٠ و ١٩٩١ ».

« La remise de la part héréditaire aux cohéritiers libère l'acheteur de sa responsabilité dans les obligations de la succession. Toutefois sa responsabilité subsiste en tant qu'il est responsable envers les créanciers de ladite succession, aux termes des articles 1978 à1980; on applique les dispositions des articles 1990 et 1991 ».

خاتمة

هل يجب الاحتفاظ بنظام الشفعة فى التشريع المصرى ؟

٥٢٧ — نصوص الشفعة — استمد القانون المصرى أحكام الشفعة من الشريعة الاسلامية ، وقد نص عليها أولا فى المجموعة المختلطة فى المواد ٩٣ — ١٠١ ،والمادتين ٥٦٢ و٥٦٣ من المجموعة المدنية ، والمادة ٧١٩ من مجموعة المرافعات ، ولما صدرت المجموعات الأهلية نقل الشارع أحكام القانون المختلط الخاصة بالشفعة فى المواد ٦٨ — ٧٥ من المجموعة المدنية ، غير أن العمل أظهر أن نصوص الشفعة الواردة فى المجموعات المختلطة والأهلية ليست وافية لفض المنازعات المختلفة الناشئة عنها ، فسن الشارع قانونا جديدا خاصا بالشفعة ، صدر به الأمر العالى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة للقضاء المختلط [١] ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة للقضاء الأهلى .

وقد نقل الشارع المصرى عن القانون الفرنسى أحكام حق استرداد الحصة

---

(١) وقد جاء فى تقرير المستشار القضائى سنة ١٨٩٩ ، بخصوص مشروع الأمر العالى المذكور ، ما يأتى : « ان قانون الشفعة الحالى طالما نشأ عنه ضرر دائم لكثير من الناس ، وتسببت عنه شكاوى ، خصوصا من مصلحة الدومين ، ومشروع الأمر العالى المقترح فى هذا الشأن ، ولو لم يعرض على لجنة دولية ، فقد صادقت على أحكامه محكمة الاستئناف المختلطة ، وأيدتها فى جلستيها فى ١٨ يناير و ١٢ يونيه سنة ١٨٩٧ . الشفعة هى نظام خاص بالشريعة الاسلامية الغراء ، يخول بعض الأشخاص ، شركاء ومنتفعين أو ملاك مجاورين ، الحق فى أن يحلوا بأنفسهم محل مشتر معين بواسطة دفع الثمن المعروض والمصاريف التى صرفت ، الا أن قواعد الشفعة لم توضع كما ينبغى فى القانون المختلط ، اذ أن واضعى هذه القوانين ربما لم يكونوا على علم تام بحقائق تفاصيلها ، على أن أهمية هذا الموضوع ظاهرة جلية ، لأن حق الشفعة يعتبر عائقا عظيما لحرية المعاملات فى العقار الذى هو أهم منبع للثروة فى البلاد الزراعية ، فكان من الضرورى تفسير الأحوال التى تجوز فيها الشفعة بكيفية أوضح ، بل من الضرورى وضع اجراآت تكون مرضية أكثر فى استعمال هذا الحق ، وخصوصا تعيين الزمن الذى فى خلاله يسوغ قبول الشفعة لأجل منع تعليقها لأجل غير مسمى ، حتى لا يبقى المشترون مهددين على الدوام بالأخذ بها . . . . » .

المبيعة قبل القسمة ، ونص عليها فى المادة ٥٦١ من المجموعة المدنية المختلطة ، ثم فى المادة ٤٦٢ من المجموعة المدنية الأهلية .

٥٢٨ — **الشفعاء فى الشريعة** — قد رأينا فيما سبق أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتفقوا على ثبوت الشفعة الا للشريك فى الملك . وذهب الشافعى وأحمد ومالك وأهل المدينة الى أنه لا شفعة للجار ولا للشريك فى حقوق المبيع [1] . وقد أوردنا حجج القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار [2] ، وحجج المبطلين لشفعة الجوار [3] . بل لقد اختلف الفقهاء أيضا بالنسبة للشركة ، فرأى مالك فى احدى روايتيه والشافعى أن كل ما لا ينقسم لا شفعة فيه ، ورأى أبو حنيفة ومالك فى روايته الأخرى أن فى ذلك الشفعة [4] ، وقد ذكرنا حجج الرأيين [5] .

٥٢٩ — **الشفعاء فى المجموعة المدنية** — رأينا كذلك أن نصوص المجموعة المدنية الخاصة بالشفعة (المواد ٦٨— ٧٥/٩٣—١٠١) ـ قبل الغائها ـ أعطت حق الشفعة : (١) معير الأرض الذى يأذن المستعير بالبناء ، (٢) الشريك فى العقار غير المقسوم ، (٣) الجار . ولاحظنا أن علماء الحنفية لم يخولوا معير الأرض حق الشفعة ، والذى خول هذا الحق هم علماء المالكية ، ولذلك تساءلنا عن سبب النص على منح معير الأرض حق الشفعة مع أن المذهب الحنفى هو المعمول به فى مصر ، والظاهر أن الشارع استمد حكمها من المؤلفات الفرنسية التى تتكلم فى المذهب المالكى المعمول به فى الجزائر [6] .

٥٣٠ — **الشفعاء فى قانون الشفعة** — رأينا أيضا أن قانون الشفعة

---

(١) نبذة ١٦ .
(٢) نبذة ١٧ .
(٣) نبذة ١٨ .
(٤) نبذة ٢٠ .
(٥) نبذة ٢١ ونبذة ٢٢ .
(٦) نبذة ٥٣ .

أعطى حق الشفعة : (١) مالك الرقبة ، (٢) الشريك الذى له حصة مشاعة ، (٣) صاحب حق الانتفاع ، (٤) الجار المالك [١] .

ولم يأت قانون الشفعة بحكم الشريعة الخاص بالشركة فى حقوق المبيع ، وهى عبارة عن الاشتراك فى حق الارتفاق الخاص بالطريق أو الشرب [٢] ، كما لم يأت بما قررته المجموعة المدنية من اعطاء معير الأرض حق الشفعة .

٥٣١ — مالك الرقبة — لاحظنا بالنسبة لمالك الرقبة أن قانون الشفعة أعطاه حق الشفعة ، مع أن الشفعة بمقتضى أحكام الشريعة الاسلامية لا توجد الا فى حالة بيع عقار ، كما أنه لم يكن له هـذا الحق بمقتضى أحكام المجموعة المدنية [٣] .

٥٣٢ — صاحب حق الانتفاع — وضحنا بالنسبة لصاحب حق الانتفاع أن القانون أعطاه حق الشفعة بمقتضى المادة ٢ ، مع أنه ليس لصاحب حق الانتفاع الحق فى طلب الشفعة بحسب الشريعة الاسلاميـة ، وكذلك لم تعطه هذا الحق المجموعة المدنية ، ولذلك لم نفهم سبب النص عليه فى قانون الشفعة ، مع أن المفهوم أن القانون المذكور كان الغرض منه تقييد حق الشفعة ، لا التوسع فيه ، ومع أن حق الانتفاع حق مؤقت وشخصى للمنتفع لا ينتقل للورثة ، فهو أسـاس واه للشفعة لا يبرر تضحية حق المشترى الذى انتقل اليه حق دائم هو حق الملـكية . فضلا عن أن نص المـادة ٢ الخاص بصاحب حق الانتفاع محل للنقد الشديد . يضاف الى ذلك أن حق الانتفاع قليل الاستعمال فى مصر [٤] .

٥٣٣ — الشريك — أعطى القانون المصرى الشريك طريقين للحصول على الحصة المبيعة : طريق الشفعة فى حالة بيع حصة شائعة فى عقار معين ،

---

(١) نبذة ٥٧ وما بعدها .

(٢) نبذة ٢٦ .

(٣) نبذة ٥٢ وما بعدها .

(٤) نبذة ٧٤ .

سواء أكان البيع لأجنبي أم لشريك آخر [١] ، وطريق استرداد الحصة المبيعة فى حالة بيع حصة شائعة فى مجموع تركة أو شركة أو فى عقار معين ، اذا كان البيع لأجنبى (المادة ٥٦١/٤٦٢) . وقد استعرضنا الآراء الكثيرة المختلفة التى انقسمت اليها المحاكم بسبب وجود هذين الطريقين ، ورأينا أن بعض هذه الآراء ينكر حق الاسترداد مع وجود حق الشفعة ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد فى بعض الأحوال دون البعض الآخر ، ومنها ما يجيز حق الاسترداد مستقلا عن حق الشفعة فى جميع الأحوال [٢] .

٥٣٤ — **الجار** — قلنا بالنسبة للجار انه بمقتضى نصوص المجموعة المدنية كان مجرد المجاورة يكفى للشفعة من غير شرط آخر ، وكان من نتيجة ذلك أن انتقال الملكية كان يترتب عليه فى معظم الأحوال حق الشفعة للجار ، مما أدى المتعاقدين الى ابتداع طرق مختلفة لمنع الشفعة ، كاستثناء الجزء الفاصل بين العقار المبيع وعقار الجار من البيع . لهذا قرر قانون الشفعة شروطا أخرى ، فمنح الجار الشفعة فى ثلاث أحوال ، اذ فرق بين الأحوال الآتية :

(١) أن يكون العقار المشفوع من المبانى أو الأراضى المعدة للبناء ، وفى هذه الحالة يكفى التلاصق من جهة .

(٢) أن يكون العقار المشفوع من الأراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء ، وفى هذه الحالة يشترط التلاصق من جهتين ، وأن تساوى أرض الشفيع نصف قيمة الأرض المشفوعة .

(٣) أن يوجد حق ارتفاق للعقار المشفوع به على العقار المبيع ، أو العكس ، وفى هذه الحالة يكفى التلاصق من جهة مع وجود حق الارتفاق [٣] .

---

(١) راجع نبذة ٦١ وما بعدها .

(٢) راجع نبذة ٤٩٦ وما بعدها .

(٣) نبذة ٧٧ .

وقد رأينا أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصرى ، لم يمنح الشفعة ، بسبب الجوار ، الا (١) المالك المجاور لأرض مقرر لها حق ارتفاق على الأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق للأرض المبيعة عند بيع أرض عليها مبان أو أرض يراد البناء عليها ، (٢) المالك المجاور =

وقد قلنا ان علة منح حق الشفعة فى الحـالة التى يكون فيها حق الارتفاق مقررا على العين المبيعة لمنفعة عقار الجار غير ظاهرة ، لأن حق الارتفاق حق عينى ، و يبقى مقترنا بالعقار المقرر عليه هـذا الحق مهما انتقل العقار المذكور من يد الى أخرى ، فلا يؤثر بيع العقار فى وجوده [1] .

٥٣٥ — مزايا ومضار الشفعة — بينا فيما سـبق أن الشفعة وان كان لها مزايا ، لها مضار جسيمة [2] ، منها أن فى استعمالها تقييدا لحرية المالك وحرية التعاقد ، اذ بمقتضاها يجبر المشترى على التخلى عن العقار الذى اشتراه رغم ارادته . ولذلك تشير المحـاكم الأهليـة والمختلطة بوجوب عدم التوسـع فيها وحصرها فى أضيق حدودها . وقد انتقد علماء الشريعة أنفسهم حق الشفعة ، حتى ذهب بعضهم الى القول بأن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة ، لأنه ينتزع من المشترى ما ملكه ملـكا صحيحا بغير رضاه ، وذلك لا يجوز ، لأنه من نوع الأكل بالباطل ، ولأنه بالأخـذ يدفع الضرر عن نفسه على وجـه يلحق فيه الضرر بالمشترى فى ابطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره [3] .

٥٣٦ — ما نراه بالنسبة لشفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع — لما تقدم نقترح ، اذا ما عدل قانون الشفعة ، الغاء شـفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع ، فان فائدة هذين النوعين من الشفعة تـكاد لا تـكون عمليا ، اذ من النادر فى مصر ترتيب حقوق انتفاع ، وانه وان كان الاستحقاق فى

= عند بيع أرض مروية متى كانت الأرض المبيعة وأرض المالك المجاور كلتاهما داخلة فى نفس الساقية أو فى وحدة أخرى من وحدات الرى غير الساقية (نبذة ٥١٠) .

قارن القانون الاسبانى ، المادة ١٥٢٣ (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

(١) نبذة ٩٣ .

(٢) راجع نبذة ٧ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٥ .

الوقف ، وهو كثير الانتشار ، يشبه حق الانتفاع ، فانه لا يصلح أساسا للشفعة [١] .

٥٣٧ — **ما نراه بالنسبة لشفعة الجار** — قد اختلف الكتاب فى شفعة الجوار ، فرأى بعضهم الغاءها من التشريع المصرى [٢] ، ورأى بعض آخر الاحتفاظ بها [٣] . ونحن من الرأى القائل بالغاء شفعة الجوار .

٥٣٨ — وتتلخص حجج القائلين ببقاء شفعة الجار فيما يأتى :

(١) التقاليد التاريخية : الأصل فى حق الشفعة أنه وجد لتقوية الروابط الاجتماعية ولتقوية وحدة الأسرة ، ففرض الشارع أن الجيران أعضاء أسرة واحدة ، وأوجد الشفعة لعدم تمكين الأجانب من التدخل بينهم ومضايقتهم أو خلق المتاعب والمنازعات لهم . فهل تغيرت الحال الآن ، وأصبحت هذه الفكرة عتيقة و بعيدة عن الحقيقة ؟ اذا جاز القول بهذا فى البلاد الأوروبية فالحال فى مصر غير ذلك ، اذا لا يزال التضافر بين أعضاء الأسرة موجودا ، وخصوصا بين الفلاحين . والفلاح شديد التعلق بأرض آبائه ، وليس شىء أشق على نفسه من خروجها من أسرته ، ولا أحب اليه من الاضافة اليها . فلا غرابة اذا تعلق بالأنظمة التى تساعده على تحقيق ذلك ، وأخصها الشفعة .

التقاليد الدينية : ان الشفعة ، وان لم يرد عنها نص فى القرآن الكريم ، تستند على السنة التى يقدسها المسلمون ، ويعتبرونها الثانى لشرعهم بعد كتاب الله . ولا شك فى أن المصريين ، وما هم عليه من شدة التعلق بدينهم ، لن يقبلوا عن طيب خاطر الغاء نظام أساسه الدين .

---

(١) راجع ما تقدم نبذة ١٢٤ — وقد أحسن قانون السودان ، المستمدة أحكامه من قانون الشفعة المصرى ، فى عدم منح حق الشفعة مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع (ما تقدم نبذة ٥١٠) .

(٢) راجع فورچير ص ٣٦١ وما بعدها — نصر الله ص ١٧٩ وما بعدها .
قارن ذهنى بك « فى الأموال » نبذة ٤٤٩ وما بعدها .

(٣) محمود فهمى ص ٣١٩ وما بعدها .

القائدة العملية : مما لا نزاع فيه أن حياة المسلم المنزلية يجب أن تكون بعيدة عن تكشف غيره لها ، ومهما اتخذ الانسان من الوسائل لحمايتها من الأعين ، فخير ضمان لحرمة منزله هو امتلاك ما جاوره من ملك . واذا كانت هـذه القائدة تعنى سكان الحضر ، فان للفلاح فى الشفعة من الفوائد ما يدعو للابقاء عليها ، فبها يستطيع أن يزيد ملكه ، ويحقق بذلك سهولة استغلاله . وشفعة الجار ترفع الكثير من ضرر الانحصار الذى يشكو منه الملاك فى فرنسا وغيرها من الممالك .

موافقتها للعدالة : شفعة الجار لا يترتب عليها أى ضرر ، ولا توقع غبنا بأحد ، فالمشفوع منه يعاد الى المركز الذى كان فيه قبل الشراء ، فيرد اليه ما دفعه من ثمن ومصاريف ، وأما البائع فلا ضرر يحيق به ، اذ يدفع اليـه الثمن الذى أراده من الصفقة ، بل قد ينتفع من الشفعة اذا كان الثمن مؤجلا للمشفوع منـه ، اذ ليس للشفيع الاستفادة من ذلك . فالشفعة اذن مفيدة للشفيع ، ولا ضرر منها على البائع ، ولا على المشفوع منه .

وفى النهاية يستدلون على وجوب الاحتفاظ بشفعة الجـار بأن القانون الاسـبانى نص عليها فى مجموعته المدنيـة الصادرة فى ٢٤ يوليه سـنة ١٨٨٩ ، فلا محل للقول بأنها فقدت قيمتها فى العصر الحديث .

٥٣٩ — ومن السهل الدفاع عن الرأى القائل بالغاء شـفعة الجوار ، وهو رأى الكثرة من المؤلفين الذين عرضوا لهذا الموضوع (١) .

وقد وصف دى هلتس حق الشفعة بأنه اعتداء صارخ على حرية التعاقد . وقال انه من جراء الشفعة يجد البـائع الذى كان يعتزم البيع الى شخص معين أنه قد باع الى شخص آخر . واذا كان بدافع خاص من المصلحة أو العاطفة قد أعطى من تعاقد معـه مزايا تجعل صفقته رابحة فانه يجد أن مزايا هـذه الصفقة الرابحة قد تحولت الى ثالث لم تـكن له أية مصلحة فى محاباته ، بل انه ربمـا لم يكن ليقبل البيع له . نعم ان القانون الجديد حاول ازالة هـذا الضرر بتحريمه الشفعة عند ما يكون البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوج والزوجة أو بين

---

(١) راجع فورچير ص ٣٦١ وما بعدها .

الأقارب الى الدرجة الثالثة ، ولكن هذا مسكن غير كاف ، لأنه فى مثل هذه الأحوال التى يحابى فيها أحد المتعاقدين الآخر كثيرا ما تكون الصداقة ذات أثر أقوى من صلات القرابة التى يفككها الى درجة ما تضاد المصالح المادية ، وهذا ملموس فى مصر أكثر من غيرها ، لأنها بلاد الأسرات المتشعبة الناشئة عن زيجات متعددة . وحقا لقد كان من الصعوبة بمكان الأخذ بمجرد اعتبارات الصداقة أو العطف ، وكان لزاما على الشارع أن يقتصر على الأخذ بأسباب أكثر دواما وأسهل فى الاثبات من مجرد الصداقة ، غير أن ذلك ليس بكاف لوضع الأمور فى نصابها ، وان كان قد عمل الشارع كل ما فى طاقته لتخفيف حدة ذلك النظام (١) .

ويقول هالتون ان الشفعة تخلق أخطر حد من حرية التصرف فى الملك ، وتخرق حرية التعاقد ، واذا لم ينظم استعمالها بعناية وحكمة فانها تدخل فى ملكية

---

(١) دى هلتس نبذة ٢ — De Hults : v. "Préemption", § 2 :

"La préemption est la violation la plus flagrante de la liberté des contrats.

"En effet, par l'effet de la préemption, le vendeur qui avait la volonté de vendre à une personne déterminée se trouve avoir vendu à une autre personne, et si, à raison de quelque motif particulier d'intérêt ou d'affection, il a fait à son co-contractant des conditions de faveur, de manière à le faire bénéficier d'une bonne affaire, tous les avantages de cette bonne affaire passeront à un tiers, qu'il n'avait aucun intérêt à favoriser et à qui il n'eût peut être pas consenti à vendre.

"Il est vrai que la loi nouvelle a essayó de faire disparaître cet inconvénient en prohibant la préemption quand la vente qui y donne ouverture a eu lieu entre ascendants et descendants, entre mari et femme, ou entre parents jusqu'au troisième degré; mais c'est là un palliatif bien insuffisant, car dans les faveurs de ce genre, l'amitié a souvent une influence bien plus considérable que les liens de famille, qui se relâchent toujours plus ou moins, quand les intérêts pécuniairs sont en jeux; et cela est aussi vrai qu'ailleurs en Egypte, pays à familles complexes issues de plusieurs lits.

"Il était difficile, du reste, de faire entrer en ligne de compte de simples liens d'amitié ou de bienveillance, et il fallut bien se borner à ne prendre en considération que des causes plus permamentes et plus faciles à constater légalement que la simple amitié, et l'on a fait ce que l'on a pu; mais ce n'était pas assez pour faire bien".

راجع أيضا نبذة ٤ .

العقار عنصرا ضارا هو عدم الاستقرار [١] .

ويرد على حجج الرأى المحبذ لشفعة الجوار بالآتى :

التقاليد التاريخية : قالوا ان من أسباب بقاء حق الشفعة التقاليد التاريخية ، أى كونه حقا قديما استمكن فى عادات البلاد وأخلاقها ، حتى أصبح عرفا محترما . يرد على ذلك بأن تلك الحجة فى ذاتها كافية لالغاء هذا الحق . فلكونه أصبح قديما ، لا يتفق مع نظام المجتمع الحالى ، ولكون الأسباب التى دعت لوجوده قد زالت ، وجب أن يزول تبعا لها ، أو يعدل حتى يصبح صالحا للبقاء فى التشريع الحديث . وهل تردد الشارع الفرنسى مثلا فى الغاء ما رآه غير متفق مع عصره من حقوق الاسترداد القديمة المختلفة ، وقد كان يزيد عددها على خمسة وعشرين [٢] ؟ واذا جاز قيام هذه العقبة فى سبيل حرية التصرفات فى العصر القديم ، فلا معنى لبقائها ، بعد أن تغير نظام الملكية العقارية ، لمجرد احترام تقاليد بالية . ولا يغير من هذا كون بعض قرى مصر ، أو على وجه التعيين بعض قرى الصعيد ، لا تزال متمسكة بملكية الأسرة لاجبار أغلبية السكان على احتمال نظام مكروه . وليس أدل على كراهية هذا النظام من تلك الطرق التى يحتالون بها لتفادى تطبيقه . فالبائع كثيرا ما يترك فى عقد البيع مساحة ضيقة من الأرض ليمنع تلاصق الملك المبيع بملك الشفيع المحتمل [٣] ، أو يهب المشترى تلك المساحة ليمنع الشفعة [٤] ، أو يبالغ الطرفان فى الثمن . وقد جوز فقهاء الشريعة ، وعلى الأخص الامام أبو حنيفة التحايل لاسقاط الشفعة ، لأنها من الحقوق غير المستحبة ، وذكروا وجوها كثيرة من الحيل التى تستعمل لحرمان الشفيع من

---

(١) هالتون ص ١٦٤ : Halton, I, p. 164

"Preemption... constitutes a most serious restriction of the right of free disposal of property and a violation of the liberty of contract, and, if its exercice is not carefully and reasonably regulated, introduces a mischievous element of uncertainty into the tenure of property".

(٢) ما تقدم ٤٥٣ .

(٣) راجع ما تقدم نبذة ٩٩ وما بعدها .

(٤) راجع ما تقدم نبذة ١٦٢ .

استحقاق الشفعة[1] . ولا غرابة فى ذلك ، فالشفعة ضارة اقتصاديا ، وهى مصدر غزير للنزاع والتقاضى . ويظهر ضررها الاقتصادى فى كونها تحد من حرية الاتجار ، وتبعا لذلك تنقص الثروة العامة ، وفى كونها تعبث بالثمن الحقيقى فتفسده . وعدم الاطمئنان يدفع بالمشترى الى طرق كل باب لتعطيل استعمال حق الشفيع ومضايقته فى شفعته .

الحجة الدينية : لا تقف هذه الحجة حائلا دون الغاء شفعة الجار ، أو تناول نظام الشفعة بالتعديل . وقد رأينا أن نفس فقهاء الشريعة الاسلامية يسلمون بأن حق الشفعة حق غير مستحب ، ولم يتفقوا على من يكون له هذا الحق ، وأنكر أكثرهم اعطاءه الجار ، ولم يقل باعطائه اياه الا الامام أبو حنيفة . بل لقد أنكر بعضهم حق الشفعة من أساسه .

ومما لا نزاع فيه أن المشرع يستطيع اقتباس القواعد الشرعية من أى مذهب يراه أوفق لمصالح المتقاضين .

الفائدة العملية : أما الحجة المبنية على ما لشفعة الجار من الفائدة العملية ، ففضلا عن كونها لا تضمن الا مصلحة الشفيع ، مضحية مصلحة البائع والمشترى ، فهى لا تفيد الا كبار الملاك الذين يستطيعون بالشفعة حرمان الفلاح الصغير من ملك اشتراه بما ادخره من مال . وليست هذه سياسة الشارع المصرى الحديث ، ويكفى دلالة على ذلك قانون حماية الملكية الصغيرة (قانون الخمسة الأفدنة) . أما فائدة شفعة الجار فى رفع ضرر الانحصار فلا تكفى لبقاء ذلك النظام ، اذ يمكن رفع الانحصار بغير حرمان المشترى مما اشتراه . وان كان من فوائد شفعة الجوار تمكين الملاك من ضم الأراضى المشفوع فيها الى أملاكهم واستغلالها قطعة واحدة ، بدلا من بقائها مجزأة متباعدة مما يصعب معه استغلالها على الوجه الأتم ، فهذه الفائدة لا تعادل ما سبق بيانه من الضرر المترتب على وجود هذا النظام ، ومع ذلك اذا أريد ضمان عدم تجزئة الملك تجزئة ضارة باستغلاله أمكن ذلك من غير

---

(١) راجع نبذة ١٠٠ .

حاجة لنظام الشفعة ، كما فعل الشارع الفرنسى [١] .

أما فائدة الشفعة فى منع ضرر الجوار غير المرغوب فيه فمشكوك فيها ، اذ فضلا عن أن القوانين واللوائح المعمول بها كفيلة بذلك ، فان الملاحظ الآن أن الأملاك العقارية ، خصوصا فى المدن ، لا يشغلها الملاك بأنفسهم ، بل كثيرا ما يتركون استغلالها والانتفاع بها لمستأجر هو صاحب الحيازة المادية ، وهو الجار الحقيقى ، ولا سبيل للمالك الى منعه من مجاورته .

ومع ذلك فحجة منع اضرار الجوار لا تكفى ، لحرمان المشترى من ملك اشتراه ، وصفقة عقدها لنفسه ، واجبار البائع على نقل ملكه الى شخص قد يكره المعاملة معه .

حجة العدالة : أما حجة العدالة فساقطة ، اذ أن مجرد رد الثمن وملحقاته الى المشترى لا يعوضه عن صفقة تعب فى الوصول اليها . وقد حدث مرارا فى مصر ، فى أثناء اشتداد الأزمات ، أن اشتريت عقارات ، ثم بيعت بعد زمن قليل بزيادة مضاعفة ، فهل من العدالة حرمان المشترى من ربحه المشروع ، ومنح الشفيع كسبا هو فى الواقع ثمرة جهود المشترى ؟ وضرر الشفعة هذا يتعدى المشترى الى البائع ، اذ ليس صحيحا الادعاء بأن مصلحة البائع فى البيع تنحصر فى قبض الثمن ، فقد يكون لاعتبارات الصداقة شأن كبير فى حصول البيع ، ولهذا استثنى الشارع كما رأينا البيع للأقارب [٢] . ولكن هذا الاستثناء لا يمنع تحويل نفع أراد البائع تقديمه لصديق الى شخص لا يهم البائع أمره أو الى عدو له ما كان يقبل النزول عن الصفقة اليه بأضعاف الثمن الذى دفع . وهل هناك سلب لحرية التعاقد أبعد أثرا من هذا ؟ .

---

(١) راجع القانون الصادر فى ٢٧ نوفمبر ١٩١٨ المتبوع بالأمر العالى الصادر فى ٥ يوليه سنة ١٩٢٠ ، والقانون الصادر فى ٤ مارس ١٩١٩ المتبوع بالأمر العالى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٢٠ .

جوسران ١ نبذة ١٤٤١ .

(٢) نبذة ٢٢٠ وما بعدها .

٥٤٠ — ما نراه بالنسبة لشفعة الشريك — للشريك كما أسلفنا طريقان للحصول على الحصة الشائعة المبيعة : طريق الشفعة ، وطريق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة . وانا نرى بقاء شفعة الشريك فى الملك ، مع توحيد الطريقين ، وبعبارة أخرى بقاء حق استرداد الحصة المبيعة مع تطبيق قيود الشفعة عليه ، أى أن يكون للشريك المشاع ، مهما كان سبب الشيوع ، حق الشفعة فى الحصة الشائعة التى يبيعها أحد الشركاء الى أجنبى ، سواء أكانت الحصة شائعة فى مجموع حقوق والتزامات أم فى عقار معين [١] . وقد رأينا أن جميع فقهاء الشريعة الاسلامية متفقون على شفعة الشريك [٢] ، ولم يختلفوا الا على نوع الشركة التى

---

(١) وقد عرفنا فيما سبق أن قانون السودان ، المستمد من قانون الشفعة المصرى ، يقصر شفعة الشركة على الشريك على الشيوع عند بيع حصة شائعة فى العقار لأى شخص هو غير شريك على الشيوع فى ذلك العقار (نبذة ٥١٠) .

(٢) وقد بين صاحب المغنى (جزء ٥ ص ٤٦٠) مزايا شفعة الشركة ، فقال : قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . والمعنى فى ذلك أن أحد الشريكين اذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذى يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر ، فاذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبى ، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه . ولا نعلم أحدا خالف هذا الا الأصم ، فانه قال لا تثبت الشفعة ، لأن فى ذلك اضرارا بأرباب الأملاك ، فان المشترى اذا علم أنه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك . وهذا ليس بشىء ، لمخالفته الآثار الثابتة ، والاجماع المنعقد قبله . والجواب عما ذكره من وجهين : أحدهما انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشترى منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء . الثانى أنه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة .

وجاء فى « أعلام الموقعين » (٢ ص ٢٤٧ — ٢٤٨) : من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فان حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فان لم يمكن رفعه الا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وان أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فان الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك ، فاذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق من الأجنبى . =

تخول الشفعة ، فقال بعضهم ان الشفعة لا تكون فيما لا يحتمل القسمة ، وقال آخرون انها جائزة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم[١] ، ونحن نرى الشفعة فى المال المشاع ، سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها .

وقصر الشفعة على البيع الحاصل للأجنبى ، دون البيع الحاصل لشريك آخر ، لا يخالف أحكام الشريعة ، فقد جاء فى المغنى[٢] : وان كان المشترى شريكا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وحكى عن الحسن والشعبى والبتى لا شفعة للآخر ، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه . وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشترى ، ولا شىء للمشترى فيها ، لأنها تستحق عليه ، فلا يستحقها على نفسه .

= وهو يصل الى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل الى حقه من الثمن .

(١) راجع نبذة ٢٠ وما بعدها ونبذة ٢٣٦ .

وقد جاء فى « أعلام الموقعين » (٢ ص ٢٤٨) : اختلفت أفهام العلماء فى الضرر الذى قصد الشارع رفعه بالشفعة . فقالت طائفة هو الضرر اللاحق بالقسمة ، لأن كل واحد من الشريكين اذا طالب شريكه بالقسمة ، كان عليه فى ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق فى مرافق المنزل ما هو معلوم ، فانه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها وبأى موضع شاء منها ، فاذا وقعت الحدود ضاقت به الدار وقصر على موضع منها ، وفى ذلك من الضرر عليه ما لا خفاء به ، فمكنه الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المضرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبى الذى يريد الدخول عليه ، وحرم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يؤذن شريكه ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به ، وان أذن فى البيع وقال لا غرض لى فيه لم يكن له الطلب بعد البيع . وهذه طريقة من يرى أنه لا شفعة الا فيما يقبل القسمة . وقالت طائفة أخرى انما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، فاذا كانا شريكين فى عين من الأعيان بارث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك لم يكن رفع ضرر أحدها بأولى من رفع ضرر الآخر ، فاذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، اذ فى ذلك ازالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فانه يصل الى حقه من الثمن ، ويصل هذا الى استبداده بالمبيع ، فيزول الضرر عنهما جميعا . . .

(٢) المغنى ٥ ص ٥٢٥ — ٥٢٦ .

ونرى بقاء جميع قيود الشفعة الحالية ، من وجوب اعلان الرغبة فى مدة خمسة عشر يوما من وقت العلم بالبيع ، أو من وقت التكليف بابداء الرغبة ، ورفع الدعوى فى مدة ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ، والا سقطت الشفعة [1] . على أن تسقط أيضا بحصول القسمة ، ولو لم تمض المواعيد السابقة . وتسقط بمضى ستة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع اذا كان مسجلا ، وان لم يكن مسجلا بمضى سنة من تاريخ وضع اليد على العقار المبيع ، وهذا القيد الأخير قد أدخله قانون السودان [2] ، وحسنا فعل ، لأنه من غير هذا القيد كان حق الشفعة يبقى معلقا مدة خمس عشرة سنة ، أى المدة التى تنقضى بها الحقوق ؟

(١) وقد قيد القانون الاسبانى ، كما رأينا ، حق الاسترداد باستعماله فى مدة تسعة أيام من تاريخ القيد فى السجل ، وعند عدم القيد من الوقت الذى علم فيه المسترد بالبيع (ما تقدم نبذة ٥٢٣) .

ونص القانون الألمانى ، فى المادة ٥٢٦ ، على أن ميعاد استعمال حق الاسترداد الوراثى شهران (ما تقدم نبذة ٥٢٦) . وكذلك نص فى المادة ٥١٠ على أنه لا يجوز استعمال حق الشفعة فى العقار الا فى ميعاد شهرين ، وفى غير العقار فى ميعاد أسبوع ، الا اذا عين ميعاد لاستعمال الحق (ما تقدم نبذة ٥٢٥) .

(٢) راجع ما تقدم نبذة ٥١٥ .

فهرست

حق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة


Bibliotheca Alexandrina
0588507